Der Begriff der Anstiftung

und sein Verhältnis zu den sogenannten Teilnahmetheorien.

Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Theodor Hoberg

Gerichtsreferendar aus Remscheid.

MARBURG 1931.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. 2. 1931.

Berichterstatter: Professor Dr. Mezger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Die Merkmale des Anstiftungsbegriffs in Schrifttum und Rechtsprechung.

I. Die kausalen Beziehungen zwischen Anstiftung und Haupttat.

§ 1. Das Schrifttum 2

§ 2. Die Rechtsprechung 9

II. Das rechtliche Verhältnis der Anstiftung zur Haupttat.

§ 3. Das Schrifttum 10

§ 4. Die Rechtsprechung 18

III. Der Vorsatz des Anstifters.

§ 5. Das Schrifttum 23

§ 6. Die Rechtsprechung 29

IV. Die begriffliche Abgrenzung der Anstiftung von den übrigen Beteiligungsformen.

§ 7. Das Schrifttum 30

§ 8. Die Rechtsprechung 40

Zweiter Teil.

Der Begriff der Anstiftung.

§ 9. Die Anstiftung als Verursachung eines tatbestandlichen Erfolges 49

§ 10. Die akzessorische Natur der Anstiftung 54

§ 11. Der Vorsatz des Anstifters 60

§ 12. Die Abgrenzung und Bestimmung des Anstiftungsbegriffs . 67

Dritter Teil.

Folgerungen.

§ 13. Die Anstiftung Außenstehender zum Sonderverbrechen . . 77

§ 14. Die Anstiftung zu mehreren strafbaren Handlungen . . 83

§ 15. Die Anstiftung des notwendigen Teilnehmers und verwandte Fälle 86

§ 16. Der agent provocateur 91

§ 17. Die Konkretisierung der Tat in der Vorstellung des Anstifters 96

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0015

Schrifttum.

Ackermann: Das dolose Werkzeug. Heidelberger Diss. Leipzig 1917.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs. Leipzig und Erlangen 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Berlin 1925.

Bar, von: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II: Die Schuld im Strafgesetze. Berlin 1907.

Bauer, Wilhelm: Die akzessorische Natur der Teilnahme. Diss. Göttingen 1904.

Beling: Rechtsprechung des Reichsgerichts zu T. I Abschn. 3. ZStW. **18** 271 ff. (1898).

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Zur Lehre von der „Ausführung" strafbarer Handlungen. ZStW. **28** 589 ff. (1908).

— Grundzüge des Strafrechts. 10. Aufl. Tübingen 1928.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. Aufl. Leipzig 1891.

Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme. Erlanger Diss. München 1909.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. Bd. III. Tübingen 1905.

Binding: Handbuch des Strafrechts. Bd. I. Leipzig 1885.

— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 8. Aufl. 1913 (unveränderter Abdruck der 7. Aufl. 1907).

— Die Normen und ihre Übertretung. Bd. II. 2. Aufl. Leipzig 1914/16.

Bintz: Die Teilnahme an fahrlässig begangenen Handlungen. Erlanger Diss. Hamburg 1895.

Birkmeyer, von: Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. GS. **37** 257 ff. (1885).

— Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

— Teilnahme am Verbrechen. VDA. II 1 ff. Berlin 1908.

Bissingen und Nippenburg, Graf: Die Lehre der akzessorischen Natur der Teilnahmehandlungen vom Standpunkt des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich. Diss. Würzburg 1908.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft. Berlin 1888.

Brandt: Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht. Erlanger Diss. Greifswald 1916.

Brümmerstädt: Ist die Anstiftung akzessorische Teilnahme oder intellektuelle Urheberschaft? Leipziger Diss. Halle 1909.

Brünneck, von: Die herrschende Kausalitätstheorie und ihre Stellung zum Reichsstrafgesetzbuch. Diss. Halle 1897.

Bünger, H. F.: Täterschaft mit Teilnehmervorsatz. Diss. Marburg 1929.

Bünger, Paul: Über Handeln und Handlungseinheit als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. ZStW. **8** 520 ff., 661 ff. (1888).

Buri, von: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Gießen 1860.

— Urheberschaft und Beihilfe. GA. **17** 233 ff., 305 ff. (1869).

— Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuchs. GS. **25** 237 ff. (1873).

— Über Kausalität und Teilnahme. ZStW. **2** 232 ff. (1882).

— Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Beilageheft zum GS. **37.** Stuttgart 1885.

— Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Leipzig 1894.

Calker, van: Strafrecht. 2. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1924.

Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. Düsseldorf 1909.

Doerr: Deutsches Strafrecht. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1920.

Dopffel: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur. Tübinger Diss. Stuttgart 1899.

Dreyer: Die akzessorische Teilnahme. Heidelberger Diss. Leipzig 1911.

Ebermeyer, Lobe, Rosenberg: Reichs-Strafgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929. (Leipz. Komm.)

Endemann, H.: Hetze als Gefährdungsproblem. Mannheim 1924.

Engelmann: Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters. Festschrift für Karl Binding Bd. II S. 387 ff. Leipzig 1911.

Eisler-Roretz: Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 4. Aufl. Berlin 1927—1930.

Feuerbach, von: Lehrbuch des peinlichen Rechts. Herausgegeben von C. J. A. Mittermaier. 14. Aufl. Gießen 1847.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I. Berlin 1904.

Flegenheimer: Das Problem des „dolosen Werkzeugs". Tübinger Diss. Breslau 1913.

Foinitsky: Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. ZStW. **12** 55 ff. (1892).

Forke: Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe. Rostocker Diss. Hamburg 1890.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926.

Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Breslau 1901.

Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II. Leipzig 1862.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1922.

— Artikel „Teilnahme" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster. Bd. V S. 863 ff. Berlin und Leipzig 1928.

Geyer: Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. HH. Bd. II S. 321 ff., Bd. IV S. 141 ff. Berlin 1871/77.

— Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1. Hälfte. München 1884.

Geyser: Grundlagen der Logik und Erkenntnislehre. Münster 1909.

Gierlich: Die Grenzen der mittelbaren Täterschaft im Reichsstrafrecht. Heidelberger Diss. Dillenburg 1909.

Glaser: Gesammelte kleinere Schriften. Bd. I. Wien 1868.

Goltdammer: Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten. Teil I. Berlin 1851.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I. Bonn 1881.

— Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches. GS. **25** 81 ff. (1873).

Hartmann: Das Kausalproblem im Strafrecht. Breslau 1900.

Haupt: Beiträge zur Lehre von der Teilnahme. ZStW. **15** 202 ff., 569 ff. (1895).

Hecker: Der Zivilstrafrichter und das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. GA. **30** 103 ff. (1882).

Hegler: Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. V S. 305 ff. Berlin und Leipzig 1929.

— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft (Festgabe für Reinhard von Frank) Bd. I S. 251 ff. Tübingen 1930.

Heilborn: Der Agent provocateur. Berlin 1901.

Heimberger: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach. Freiburg und Leipzig 1896.

Hergt: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart. Heidelberg 1909.

Hermes: Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Diss. Berlin 1878.

Herzog: Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. GS. **24** 435 ff. (1872).

— Noch einige Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme. GS. **28** 321 ff. (1876).

Hippel, von: Deutsches Strafrecht. Bd. II. Berlin 1930.

Hoegel: Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz. ZStW. **37** 651 ff., 826 ff. (1916).

Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Bd. I. Jena 1903.

Höpfner: Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. ZStW. **22** 205 ff. (1902).

— Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. ZStW. **26** 579 ff. (1906).

— Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme. Zugleich ein Nachtrag zur Abhandlung Z. 26 579 ff. ZStW. **27** 465 ff. (1907).

Horn, Arnold: Kausalitäts- und Wirkensbegriff, dessen empirische Feststellung und kriminalrechtliche Bedeutung. GS. **54** 321 ff. (1897).

Huther: Über Kausalzusammenhang. ZStW. **17** 175 ff. (1897).
— Die Kausalität des Willens. GS. **54** 80 ff., 260 ff. (1897).

Ibach: Die Anstiftung. Breslau 1912.

Katzenstein: Der agent provocateur vom Standpunkt des RStGB. ZStW. **21** 374 ff. (1901).

Kern: Die Teilnahme im E. 25. GS. **92** 125 ff. (1926).

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. Bd. I. Mannheim 1890.
— Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
— Anstiftung und Agent provocateur. GA. **55** 1 ff. (1908).
— Äquivalenz im Strafrecht. GA. **66** 97 ff. (1919).

Köhler, August: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.

Korn: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Diss. Göttingen 1902.

Koppmann: Kommentar zum Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl., bearbeitet von Weigel. München 1903.

Kriegsmann: Dr. iur. Raimund Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. ZStW. **30** 453 ff. (1910).

Kries, von: Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme. ZStW. **7** 521 ff. (1887).

Krug: Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen. Insbesondere: 3. Abteilung: Abhandlungen aus dem Strafrechte. 2. Aufl. Leipzig 1861.

Liepmann: Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.

Lilienthal, von: Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht. Heft I. Allgemeiner Teil. Marburg 1892.

Liszt, von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. Aufl. Berlin 1900.
— Dasselbe, 25. Aufl., besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927.

Loening: Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt 1885.

Loewenheim: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte. Hallesche Diss. Breslau 1897.

Mayer, M. E.: Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Diss. Straßburg 1899.
— Widerstand gegen die Staatsgewalt. VDB. I 349 ff. Berlin 1906.
— Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Heidelberg 1923. (Abdruck der 1. Aufl. 1915.)

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
— Anstiftung und Beihilfe. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft (Festgabe für Reinhard von Frank) Bd. II S. 134 ff. Tübingen 1930.

Mezger: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. DStZ. **8** 205 ff. (1921).
— Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze. ZStW. **42** 348 ff. (1921).
— Die subjektiven Unrechtselemente. GS. **89** 207 ff. (1924).
— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Festschrift für Ludwig Traeger S. 187 ff. Berlin 1926.

— Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. V S. 13 ff. Berlin und Leipzig 1929.

Michael, von: Der Mensch als Werkzeug. Diss. Rostock 1914.

Mintz: Die Lehre von der Beihilfe. Dorpater Diss. Riga 1892.

Mittermaier, C. J. A.: Über Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers. Archiv des Criminalrechts **3** 125 ff. (1819).

Mittermaier, W.: Gutachten über § 300 RStGB. ZStW. **21** 197 ff. (1901).

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Leipzig 1903.

Oetker: Zur gesetzlichen Regelung von Täterschaft und Teilnahme. GS. **89** 182 ff. (1924).

Olshausen, von: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Bd. I. Berlin 1927.

Ortmann: Über die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme. GS. **28** 81 ff. (1876).

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., herausgegeben von Delius. Berlin 1901.

Röhricht: Die rechtliche Natur der Anstiftung. Greifswalder Diss. Breslau 1913.

Romen und Rissom: Militärstrafgesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1918.

Rüdorff: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl., herausgegeben von Stenglein. Berlin 1892.

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts. Berlin und Leipzig 1921.

Schaffstein: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Berlin 1930.

Schmidt, Richard: Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1925.

Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. Leipzig 1871.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.

Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Leipzig 1884.

Singewald: Der agent provocateur. Breslau 1908.

Stemann, von: Gibt es nach Preußischem Strafrecht eine Teilnahme an Vergehen aus Fahrlässigkeit? GA. **5** 48 ff. (1857).

Stoll: Begriff und Umfang der akzessorischen Natur der Teilnahme. Erlanger Diss. Bayreuth 1912.

Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1904.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.

Wächter, Carl Georg von: Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgegeben von O. von Wächter. Leipzig 1881.

Wegner: Teilnahme. In: Reform des Strafrechts, herausgegeben von Aschrott und Kohlrausch. Berlin und Leipzig 1926.

Weinberg: Teilnahme an fahrlässigen Handlungen nach geltendem Rechte. Freiburger Diss. Berlin 1904.

Wiechowski: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Diss. Würzburg 1903.
Wolf, Paul: Zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs im Strafrecht. Das Recht **9** 526 f. (1905).
Wolff, Karl: Verbotenes Verhalten. Wien und Leipzig 1923.
Wuttig: Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen. Breslau 1902.
Zimmerl: Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. ZStW. **49** 39 ff. (1929).

Abkürzungen.

AE. 1925: Amtlicher Entwurf 1925 (s. oben).
DStZ.: Deutsche Strafrechtszeitung.
E.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 1—63.
GA.: Goltdammers Archiv für Strafrecht.
GS.: Der Gerichtssaal.
HR.: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster.
R.: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 1—10
VDA. (B.): Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner (Besonderer) Teil.
ZStW.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Einleitung.

Soviel auch in den achtzig Jahren seit Inkrafttreten des preußischen Strafgesetzbuchs über den Begriff der Anstiftung geschrieben worden ist, so ist doch eine über die Nominaldefinition des Gesetzes hinausgehende Begriffsbestimmung kaum anzutreffen. Wohl hat man die gesetzlichen Merkmale der Anstiftung im einzelnen erörtert. Aber als begriffliche Unterschiedsmerkmale sind sie nicht mit voller Deutlichkeit erfaßt worden. Darum ist es erklärlich, daß die Anstiftung auch innerhalb des Teilnahmetheorienstreites ziemlich unbeachtet geblieben ist. Man hat seinen Ausgangspunkt, die Gleichwertigkeit aller Erfolgsbedingungen, vergessen und es sich genügen lassen, daß das Gesetz die Anstiftung aus den Beteiligungsformen deutlicher als die Beihilfe heraushebt. Die Frage, worin ihr entscheidendes Merkmal zu suchen ist, das Kriterium also, das (entsprechend dem Gegensatz von Täterschaft und Beihilfe) einen tiefergreifenden Unterschied begründet als etwa den nur in normativ unwesentlichen Umständen liegenden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft, harrt noch der Lösung. Liegt es auf objektivem oder auf subjektivem Gebiet?

Bei der Aufsuchung dieses Merkmals darf nicht übersehen werden, daß die gesetzliche Begriffsbestimmung sich auf die Unterordnung der Anstiftung unter die nächsthöhere Gattung, die akzessorische Teilnahme, beschränkt. In ihr Wesen gewährt sie keinen Einblick, es sei denn, daß man es in der Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses sieht und annimmt, daß schon damit die Anstiftung vollendet ist. Es gilt darum, in einer höheren Gattung Aufschluß darüber zu finden. Stößt man dabei auf den Taterfolg selbst, so steht man gleich mitten in der fast verwirrenden Fülle der über das tatsächliche und rechtliche Verhältnis der Anstiftung zur Haupttat aufgeworfenen Fragen, deren letzte Klärung gleichfalls noch fehlt.

Mit der Herausstellung dieser beiden aufs innigste zusammenhängenden Probleme ist die vor uns liegende Aufgabe umschrieben. Sie ist so umfangreich, daß schon deshalb eine Beschränkung auf das

geltende Recht geboten erscheint. Aus dem gleichen Grunde muß auch die Kritik der zahlreichen voneinander abweichenden Meinungen in die eigene Darstellung im Zweiten Teil verwoben werden. Der Dritte Teil bringt praktische Folgerungen aus dem gefundenen Ergebnis für wichtige Einzelfragen. In ihnen soll die gewonnene Anschauung sich bewähren und vertiefen; auf Vollständigkeit erhebt ihre Darstellung keinen Anspruch.

Erster Teil.

Die Merkmale des Anstiftungsbegriffs in Schrifttum und Rechtsprechung.

I. Die kausalen Beziehungen zwischen Anstiftung und Haupttat.

§ 1. Das Schrifttum.

Die einzelnen Teilnahmeformen des heutigen Rechts sind erst im 19. Jahrhundert ausgebildet worden. Doch setzte die Klärung der Begriffe, während das als Grundlage dienende römische Recht wenig dazu beigetragen hatte, schon bei den italienischen Juristen des Mittelalters ein, ohne daß freilich die von ihnen entwickelten Teilnahmeformen ihrem Wesen nach mit den modernen auch nur entfernt auf einen Nenner gebracht werden könnten[1]). Rein äußerlich sind neben zahlreichen anderen „mandatum" und „consilium" die häufigsten Bezeichnungen für Handlungen, die in der Regel auch eine „Anstiftung" enthalten[2]). Beide werden jedoch durchaus verschieden gewertet. In der Handlung des Mandatars erblicken die Italiener die eigene Willensverwirklichung des Mandanten und eben darum im Mandat als der „maßgebenden Willensäußerung" die wirkliche, kausal und rechtlich mindestens gleichwertige Ursache der Tat. Dagegen sehen sie im consilium, soweit es einen noch nicht Entschlossenen bestimmt, also Anstiftung ist, eine der Beihilfe analoge bloße

[1]) Vgl. die Untersuchungen von Heimberger und besonders Engelmann, ferner Schaffstein 170, 174 ff.

[2]) Heimberger 26 f.; Engelmann 418, 468, 419; Schaffstein 175.

Mitwirksamkeit durch „Meinungsäußerung“ zum Urheberentschluß des anderen, in dessen freiem, sich nicht dem Willen des Konsulenten unterordnendem Willen die ausreichende und entscheidende Ursache des Verbrechens liegt[3]). Immerhin sprechen sie hiernach auch dem consilium nicht jede kausale Bedeutung ab. Es ist, wenn auch nicht endgültig entscheidende, so doch mitwirksame Bedingung entsprechend dem „auxilium causam dans“ und heißt deshalb gelegentlich auch „causa delicti“[4]).

Die Strafrechtswissenschaft des deutschen gemeinen Rechts hat diese Lehren übernommen, ohne sie zunächst fortzubilden. Erst um die Mitte des 18. Jahrhunderts führte ein Wandel in der Kausallehre neue und klarere Differenzierungen in der Teilnahmedoktrin herbei. Doch wird auch jetzt der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Haupttat nicht in Frage gestellt. Pufendorf z. B. stellt die Anstiftung als gleichwertige Ursache neben die Täterschaft, falls sie nicht im Einzelfalle zur causa minus principalis wird[5]). Böhmer bringt sie als causa moralis zur causa physica in Gegensatz[6]). Feuerbach §§ 44 f. endlich, der gleichfalls die Handelnden nach der Verschiedenartigkeit ihrer Kausalität unterscheidet, betrachtet den Anstifter (mit dem physischen Urheber und dem Hauptgehilfen) als hinreichende Ursache für den gesetzwidrigen Erfolg, als „Urheber“ im Gegensatz zum (Neben-)Gehilfen.

Diese Unterscheidung liegt auch den ersten Beratungen zur Redaktion des preußischen Strafrechts (Entwurf von 1827) zugrunde[7]). Sie hält sich durch die verschiedenen weiteren Entwürfe hindurch, nur daß an die Stelle der formalen Scheidung in Haupt- und Nebengehilfen die materielle zwischen wesentlichen und (weniger strafbaren) nicht wesentlichen Gehilfen tritt[8]). Das Reichsstrafgesetzbuch hat diese Unterscheidung fallen lassen und die Strafe für den Gehilfen allgemein herabgesetzt, ohne zur Frage des Kausalzusammenhangs Stellung zu nehmen.

---

[3]) Engelmann 417, 459 einerseits und 419, 463, 406, 415 andererseits.

[4]) Engelmann 416, 557 und die 557 f. abgedruckten Stellen; Schaffstein 55, 197 N. 1.

[5]) Z. B. bei Handeln auf Befehl eines Vorgesetzten. Heimberger 144 f.

[6]) Heimberger 148.

[7]) Goltdammer 283.

[8]) § 35 PrStGB. — Goltdammer 286 ff.

Inzwischen war jedoch die Ursächlichkeit der Anstiftung nicht mehr unangefochten geblieben. Philosophische Erwägungen hatten die naiv-praktische Anschauungsweise zurückgedrängt und die Verursachung eines Erfolges durch einen vorsätzlich Handelnden als mit der menschlichen Willensfreiheit unvereinbar erscheinen lassen. Zunächst freilich war man über diese Schwierigkeit dadurch hinweggekommen, daß man, damit von einer Verursachung gesprochen werden könne, eine bis zur Nötigung gesteigerte Einwirkung auf den menschlichen Willen verlangte[9]). Den entscheidenden Schritt tat Luden (1840): „Die allein erweisliche Ursache des Verbrechens liegt immer in dem freien Entschluß des Täters." Zwischen Anstiftung und Verbrechenserfolg besteht daher kein Kausalzusammenhang[10]). Nun wurde dieser Kausalzusammenhang auch von anderen für unmöglich erklärt, so von Krug und unter der Herrschaft des preußischen und Reichsstrafgesetzbuchs von Schütze[11]). Krug erblickt den Grund der Strafbarkeit der Anstiftung in der Veranlassung zum Unrecht. Nach Schütze (Notw. Teiln. 248 ff.) bietet der Anstifter dem anderen „wirksame Beweggründe" zur Tat, damit dieser sie sich aneigne, und wird dadurch an der begangenen strafbaren Handlung mitschuldig.

Größer ist die Zahl jener Schriftsteller, die wissenschaftlich die Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft (mittelbarer Täterschaft) für allein richtig halten, aber annehmen, daß das Strafgesetzbuch diesen Standpunkt nicht anerkannt hat. Man setzte nämlich nach dem Vorgang von Luden „intellektuelle Urheberschaft" und „Verursachung" gleich und bildete einen Ausschließungsgegensatz zu der vom Strafgesetzbuch angenommenen akzessorischen Natur der Teilnahme[12]). Als den Hauptvertreter dieser Richtung kann man Liszt[13]) bezeichnen: „Die Behandlung der Anstiftung und der Beihilfe im geltenden Recht, das jene wie diese nicht als Verursachung des Erfolgs, sondern als Teilnahme an fremder Tat auffassen

---

[9]) C. J. A. Mittermaier 127 und die Hergt 10 Zitierten.

[10]) Hergt 11 ff.

[11]) Krug Abhandlungen 63 ff., 86; Schütze Notw. Teiln. 244, Lehrbuch 150.

[12]) Terminologisch hat sich dieser Gegensatz erhalten, obwohl er in Wahrheit nicht besteht, wenn man auch in der Teilnahme trotz ihrer akzessorischen Natur eine Form der Urheberschaft erblickt.

[13]) § 29 III 1. Anders Liszt-Schmidt.

will, zwingt uns, zunächst soweit der Begriff der Teilnahme reicht, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (zwischen Anstiftung und Beihilfe einerseits und dem Erfolg andererseits) durch die Tat des Täters anzunehmen."

Zu nennen sind ferner: Olshausen(-Niethammer) 4 zu § 48; Rüdorff-Stenglein 10 zu § 48; Brünneck 40 f., 78; Korn 9; Finger 336, 343 ff.; P. Wolf 526; Gierlich 12; Loewenheim 7, 10; Liepmann 76 f.; Freudenthal 79; Wachenfeld 87 ff., 187 f.; Wiechowski 34; Weinberg 50.

Es fehlt nicht an Bemühungen, die durch die Leugnung des Kausalzusammenhangs entstandene Lücke auszufüllen. Zu befriedigenden Ergebnissen haben sie nicht geführt. Nach Loewenheim ist die Anstiftung, eben weil sie nach geltendem Recht nicht Ursache, sondern akzessorische Teilnahme ist, schon mit der Hervorrufung des Entschlusses im Täter vollendet (18). Die Haupttat ist lediglich Bedingung der Strafbarkeit für die Anstiftung (36). Umgekehrt folgert Liepmann[14]). Nach positiv-rechtlicher und auch nach allgemeiner Strafrechtsanschauung ist die Tätigkeit des Anstifters mit der Entschlußfassung bereits abgeschlossen. Es ist daher auch de lege ferenda falsch, die Anstiftung als Verursachung des Erfolges aufzufassen.

Korn will unter Bezugnahme auf Birkmeyer die fehlende Verursachung „ergänzen" durch die Schuld. Der Anstiftervorsatz muß sich deshalb auf das zu begehende Verbrechen richten und es mit allen seinen Tatbestandsmerkmalen umfassen (18). Dies letzte hebt auch Liszt § 51 I 4 hervor. Unerklärt bleibt, wie dieser Vorsatz ohne Kausalvorstellung, diese ursachlose Schuld gedacht werden soll.

Olshausen will „die wesentlich tatsächliche Frage", ob die Tätigkeit des Anstifters in Wahrheit bestimmend gewirkt hat, nach ähnlichen Gesichtspunkten prüfen wie die Frage des Kausalzusammenhangs. Damit ist ausgesprochen, was im Grunde die meisten der oben genannten Schriftsteller nicht leugnen wollen: daß auch nach der Auffassung unseres Strafgesetzbuchs die Tätigkeit des Anstifters zum Erfolge fortwirkt, etwas zu ihm beiträgt, nur daß sie wegen der Freiheit des Täterwillens nicht als „Ursache", als „causa" an-

[14]) 76 f.; in engster Anlehnung an ihn Wiechowski 34.

gesehen werden kann. So nennt Wachenfeld die Anstiftertätigkeit eine bloße „Werdebedingung“ für den Erfolg.

Die weitaus überwiegende Meinung im Schrifttum geht dahin, daß Anstiftung und Verbrechenserfolg in Kausalzusammenhang stehen und daß dies auch die Auffassung des Strafgesetzbuchs ist. Diese Zusammenfassung durch einen dehnbaren Begriff darf allerdings über die Mannigfaltigkeit der sich darunter verbergenden Ansichten nicht hinwegtäuschen. Das philosophische Kausalitätsproblem hat auch hier Verwirrung gestiftet. Während die Anhänger der subjektiven Teilnahmetheorie[15]) wegen der kausalen Gleichwertigkeit aller Erfolgsbedingungen auch die Anstiftung als „Ursache“ im Sinne des Gesetzes ansehen, haben einzelne Objektivisten eine kausale Verschiedenheit der Bedingungen angenommen und auf sie die besondere gesetzliche Regelung der Teilnahme am Verbrechen zurückgeführt.

In erster Linie ist hier Birkmeyer zu nennen. Die Gleichwertigkeit der Bedingungen erkennt er nur in dem negativen Sinne an, „daß keines der Antezedentien eines konkreten Erfolges fehlen darf, ohne daß der Erfolg selbst hinwegfiele (GS. **37** 269, 273). Er spricht ihnen daneben ein verschiedenes Maß positiver Wirksamkeit zu und hebt aus der Zahl der Bedingungen eine als „Ursache“ heraus, die nämlich, welche mehr als die übrigen zur Hervorbringung des Erfolges beigetragen hat. Ursache ist die für den (teilbaren) Erfolg wirksamste, die überwiegende Bedingung (GS. **37** 272 f., Teilnahme 99). Täter und Mittäter setzen eine Ursache, der Teilnehmer nur eine Bedingung (Teilnahme 122 f.). Bei Willensentschließungen ist Ursache die „Entschließung des Menschen, die zum Entschluß drängenden Willensreize zum Motiv werden zu lassen oder nicht“ (Teilnahme 30 N. 46). Diese Willensreize selbst sind Bedingungen. So ist die Anstiftung „das Setzen einer Bedingung der Selbstbestimmung zur Handlung“ (Teilnahme 117, VDA. **2** 12 f.).

Mit Birkmeyer unterscheiden auch Hergt 87 und Mintz 83 quantitativ zwischen Ursache und Bedingung. Nach Mintz wird jedoch der Anstifter (anders der Gehilfe) zum Bestandteil der Ursache (126).

---

[15]) Vgl. Buri Teilnahme 29, ZStW. **2** 272 f., Beiträge 391; Hermes 21; Lobe Leipz. Komm. 1 zu § 48.

Arnold Horn kommt zur Unterscheidung von Ursache und Bedingung vom Standpunkt seiner von ihm sogenannten Wirkenstheorie. Er kennt nicht Grade der Wirksamkeit, sondern stellt dem Wirken das Nichtwirken gegenüber. Ursache ist das, was wirkt, die aktuelle Kraft im Gegensatz zur bloß potentiellen Energie und zum bloßen Zustand (GS. **54** 344). Der Fingerdruck am Abzug des Gewehrs, die Explosion des Pulvers, das Dahinfahren und Einschlagen der Kugel sind Ursachen des Todes, aber auch der Willensentschluß desjenigen, der die Hand an den Drücker führt (348). Verursacher ist ferner, wer durch das Setzen bloßer Bedingungen zum dominus causae wird, d. h. wer in der Erwartung des Eintreffens einer fremden aktuellen Kraft dieser einen Körper als latenten Energievorrat oder als Angriffspunkt entgegenbringt (jemand legt Fußangeln für einen anderen, stellt eine vergiftete Speise auf den Tisch, damit ein anderer davon ißt). Denn dadurch macht er die aktuelle Kraft zur Dienerin seines Willens; sein Entschluß wird bei Eintreffen seiner Erwartung selbst zur wirkenden Ursache (350 ff.). Die Anstiftung ist niemals dominium causae, weil wir über die Spontaneität des Willens nicht disponieren können. Sie ist das Setzen einer Bedingung, mit dem sich der Begriff des Wirkens nicht verbinden läßt (367 f.)[16]).

Nach Ortmann GS. **28** 87 ist Ursache das Ereignis, das die Summe der Erfolgsbedingungen vollmacht, das ist bei mehreren Handlungen die Haupthandlung. Sie verwirklicht, die Nebenhandlungen ermöglichen den Erfolg.

Forke 57 ff. hat gleichfalls einen positiven Ursachenbegriff. „Ursache ist danach nur eine materielle Bewegung, ein Agens, das nach den Gesetzen der Physik den Erfolg herbeiführt“ (63), auch bei menschlichen Geistesregungen (60). Forke sieht aber in der Anstiftung eine echte Ursache (64 N. 1).

Wo sonst in der Beteiligung am Verbrechen Ursache und Bedingung auseinandergehalten werden, geschieht es vielfach nur zur Kennzeichnung formaler Unterschiede[17]). So ist nach Merkel (101) „dem Sprachgebrauch der Gesetze gemäß“ von einem „Verursachen“ des Erfolges nur hinsichtlich der Täterschaft zu reden. Frank III

---

[16]) A. A. Kohler Studien I 107, von dem Horn den Begriff des dominium causae übernimmt.

[17]) Die Verwendbarkeit der Ausdrücke in diesem Sinne verneint Hoegel 659 f.

2 a zu § 1 (S. 16) nennt die „physisch vermittelte Kausalität" Ursache, die „psychisch vermittelte Kausalität" Bedingung. Gehilfe und Anstifter setzen nur eine Bedingung zum Erfolg (II zu § 47, I zu § 48). Unverständlich bleibt allerdings, wenn Frank in dieser Unterscheidung eine Einschränkung der von ihm grundsätzlich anerkannten Äquivalenztheorie erblickt. Mit Buri versteht er unter Äquivalenz der Bedingungen ihre kausale Gleichwertigkeit für den Erfolg. Diese Gleichwertigkeit ist eine logische Folgerung aus dem Begriff der condicio sine qua non und duldet daher keine Einschränkung. Auch das Gesetz ist dazu nicht imstande, weil es keine Macht hat über die Forderungen der Logik [18]). Frank selbst deutet mit dem Hinweis auf das Gesetz („Regreßverbot") und der Erklärung, daß die Verneinung der Ursachenqualität der fraglichen Bedingungen sich nicht auf ihre angebliche Minderwertigkeit, sondern auf ihre Eigenart gründet (16), auf eine Auffassung hin, die in jüngster Zeit immer mehr an Bedeutung gewinnt: der Unterschied der Beteiligungsformen liegt nicht auf vorjuristisch-kausalem, sondern auf rechtlichem Gebiet.

Diese Theorie hält also mit Buri an der kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen fest, weist aber die Folgerung zurück, daß die einzelnen Beteiligungsformen nur subjektiv geschieden werden könnten. „Aus der erkenntnistheoretisch-logischen Gleichwertigkeit aller Glieder einer psycho-physischen Kausalreihe folgt nicht ihre juristische Wertgleichheit" [19]). Der Gesetzgeber wertet die einzelnen mit einem bestimmten Erfolg in Kausalzusammenhang stehenden Verhaltungsweisen mehrerer Verursacher verschieden. Schon Geyer Grundriß 136 erkannte die aus der „Anschauungsweise des Lebens" gewonnene Sonderregelung der Anstiftung wegen ihrer Eigenart als ein „methodologisches Bedürfnis". Gerland Grundriß 144, HR. V 866 f. trennt unmittelbare und mittelbare Einwirkung auf den Erfolg und unterscheidet danach mit Loening [20]) zwischen Kollateral- und Deszendenzmitwirksamkeiten.

---

[18]) Gegen Frank auch Berolzheimer 12; Merkel Anstiftung und Beihilfe 136 ff., 146.

[19]) Mezger DStZ. 8 205, Subjektivismus und Objektivismus 16; ähnlich M. E. Mayer Lehrb. 140, 390; Beling Grundz. § 18 V; Liszt-Schmidt § 29 V und sonst; Hippel II 456.

[20]) Loening 94 f.; ihm folgt auch Wuttig 99 f.

Der Gegensatz von physischer und psychischer Kausalität findet sich auch bei Bierling 56 und Coenders 173 f. Der strafrechtliche Unterschied vom Standpunkte der Schuld und Strafbarkeit wird hervorgehoben von Hoegel 661 und Wegener 113. Nach W. Mittermaier 243 ist der Anstifter „formell und sozial und psychologisch" nicht Täter. Sauer 472 findet diesen Unterschied vom Standpunkte der Adäquanztheorie: „Anstiftung und Beihilfe bedeuten generell sozial weniger als die Haupttat, und deswegen sind sie dieser gegenüber ein rechtlich-normatives Minus."

§ 2. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht hat in den zahlreichen Entscheidungen, in denen es sich mit der Anstiftung befaßt, niemals ihren Begriff im ganzen bestimmt, sondern immer nur das eine oder andere Merkmal herausgestellt. Dabei hat es an der Auffassung vom Wesen der Anstiftung, die schon den ersten Entscheidungen zugrunde liegt, bis zuletzt festgehalten, mögen auch gelegentlich, namentlich am Anfang, scheinbare oder tatsächliche Widersprüche hervortreten. Vielfach beschränkt es sich darauf, aus dem als bekannt vorausgesetzten Anstiftungsbegriff Folgerungen zu ziehen. Es bieten sich somit Anhaltspunkte genug, ihn aus dem Gesamtbilde der einzelnen Entscheidungen zu erschließen.

Von Anfang an hat das Reichsgericht ohne Bedenken in der Anstiftung die Verursachung der Haupttat gesehen. Der Anstifter wird „die Ursache der verbrecherischen Tätigkeit eines anderen", E. **3** 140 f. (141). I 29. 11. 80, „die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung", E. **6** 414 ff. (415). I 22. 6. 82. Ähnlich heißt es in E. **5** 227 ff. (228). II 9. 12. 81; R. **4** 812 f. (813). III 13. 11. 82, **9** 107 f. II 1. 2. 87; E. **23** 175 ff. I 20. 6. 92, **25** 424 ff. (426). I 14. 6. 94, **34** 327 ff. (328). II 14. 5. 01, **61** 31 ff. (32). II 22. 11. 26. Daß diese Ursächlichkeit für die Handlung die Ursächlichkeit für den Erfolg in sich begreift, kann nicht zweifelhaft erscheinen, da der Erfolg ja Bestandteil der Straftat ist und vom Beginn des Handelns bis zum Erfolg eine (meist physische) Kausalreihe verläuft. Vereinzelt ist das aber auch ausdrücklich gesagt: R. **6** 219 ff. (221). II 25. 3. 84; E. **20** 259 ff. (261). III 20. 2. 90 In dieser letzten Entscheidung verwendet der III. Senat auch den

richtig verstandenen Begriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Nimmt der Anstifter nach der durch die anstiftende Tätigkeit verursachten Entstehung des Entschlusses zur Begehung der Tat die Anstiftung zurück und gibt demzufolge der Angestiftete den Entschluß wieder auf, so entfällt die Strafbarkeit der Anstiftung „infolge der Unterbrechung und Beseitigung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der früheren Anstiftung und der Begehung der Tat" selbst dann, wenn der andere später doch noch zur Ausführung schreitet.

Aus der Ursächlichkeit der Anstiftung folgert das Reichsgericht, daß der schon zu der Tat Entschlossene nicht mehr angestiftet werden kann. Es fehlt dann an dem bestimmenden Einfluß der späteren Einwirkung; sie kann höchstens eine Bestärkung des Entschlusses und damit möglicherweise Beihilfe enthalten. Eine selbständige vollendete Anstiftung durch mehrere Personen nacheinander zu derselben Tat ist daher nicht denkbar, E. **13** 121 ff. (122). I 7. 12. 85, **59** 26 ff. (27). I. 9. 1. 25. Wer sich gegen Entgelt zur Begehung der strafbaren Handlung erbietet, braucht aber nicht auf alle Fälle entschlossen zu sein, E. **37** 171 ff. II 20. 5. 04. Auch können mehrere, selbst ohne voneinander zu wissen, zur Hervorrufung des Entschlusses zu derselben Tat als Anstifter mitwirksam werden („Mittäterschaft" und „Nebentäterschaft" bei der Anstiftung). Bietet der eine 60, der andere 40 für die Ausführung der Tat und begeht der Dritte sie weder für den einen noch für den anderen Betrag, sondern nur mit Rücksicht auf die Summe von 100, so sind beide seine Anstifter geworden. Der Anstifter haftet für die gewollte Kausalität seines Tuns. Die Mitwirksamkeit eines anderen kann so wenig „wie der Eintritt eines sonstigen äußeren Umstandes" zu seinen Gunsten in Betracht kommen, E. **14** 92 ff. (95). II 16. 4. 86, **55** 78 ff. (80). FS. 21. 8. 20.

II. Das rechtliche Verhältnis der Anstiftung zur Haupttat.

§ 3. Das Schrifttum.

Über die rechtliche Natur der Anstiftung bestehen in der Hauptsache zwei Anschauungen, die mit den Schlagworten „intellektuelle Urheberschaft" und „akzessorische Teilnahme" gekennzeichnet zu

werden pflegen. Vereinzelt hat man die Anstiftung auch als delictum sui generis angesehen. Hinsichtlich der älteren Zeit ist die Beurteilung nicht einheitlich. Gegen die Behauptung Liszts, die Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft sei die alleinherrschende bis ins 19. Jahrhundert (so noch Liszt-Schmidt § 49 N. 8), ist vielfach Widerspruch erhoben worden [21]). Auf Grund der Untersuchungen Heimbergers geht vielmehr eine verbreitete Meinung dahin, daß schon die Italiener die akzessorische Natur der Teilnahme angenommen haben. Sie dürfte jedoch angesichts der jüngst von Schaffstein bestätigten Forschungsergebnisse Engelmanns schwerlich zu halten sein [22]).

Vor einem Fehler muß man sich allerdings hüten, will man sich nicht von vornherein die klare Sicht verbauen: mit den von den Italienern gebrauchten Fachausdrücken darf man nicht moderne Begriffe verbinden, um sie dann zur geschichtlichen Begründung der eigenen Meinung zu verwerten. Das Strafrecht fing doch in systematischer Hinsicht eben erst an, festere Form zu gewinnen. Die damalige Wissenschaft schuf, an den Bedürfnissen der Praxis orientiert, nur die groben Umrisse, ohne nach der Eindringung in Feinheiten zu streben. In der Teilnahmelehre ging sie aus vom strafrechtlich verpönten Erfolg und sah im Kausalprinzip die Handhabe zur Auffindung der Beteiligten. Der Gedanke des ursächlichen Zusammenhangs steht daher durchaus im Vordergrund. Auch der nicht eigenhändig Beteiligte steht im Kausalnexus mit dem Erfolg und ist aus diesem, „ex delicto secuto", verhaftet: qui per alium fecit, ipse fecisse videtur [23]). Nur insoweit die Handlung des physischen Täters als „factum principale" dem Verbrechen, mit Engelmann zu sprechen, überhaupt erst „Dasein, Form und Inhalt gibt", ist die Teilnahme der Täterschaft akzessorisch. Dabei hält sich auch die durch das subjektive Merkmal der Willensunterordnung bedingte größere Unselbständigkeit des consilium im Rahmen des logisch Notwendigen. Es ist bei Unverantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen, im übrigen aber von Art und Grad seiner Schuld unabhängig [24]).

---

[21]) Vgl. z. B. Heimberger 31, 288; Bar II 593 f.; Hergt 124; Köhler 485.

[22]) Vgl. Engelmann 474 ff., 502 ff.; Schaffstein 203 ff. — Siehe auch Hippel II 442 N. 5.

[23]) Engelmann 395, 425.

[24]) Engelmann 476, 475.

Der Anstifter haftet also für den von einem anderen verwirklichten Taterfolg, den er als geistiger Urheber oder als Ratgeber schuldhaft herbeigeführt hat. Umstände und Eigenschaften des Deliktes selbst (auch erschwerende Umstände der Zeit und des Ortes) erschweren darum nach der von Baldus begründeten herrschenden Lehre in gleicher Weise die Verantwortlichkeit des Mandanten wie des Täters[25]). Ein Akzessorietätsverhältnis anderer Art wird nicht erörtert. Quellenstellen, namentlich bei Bartolus, die für das Gegenteil zu sprechen scheinen, beruhen, wie Engelmann 504 ff. nachweist, in Wahrheit auf falschen Analogieschlüssen aus einer Sonderbestimmung.

Die deutschen Kriminalisten haben, soweit sie das Verhältnis der Teilnahme zur Täterschaft überhaupt erwähnen, auch in diesem Punkte die italienische Lehre zunächst nur nachgeschrieben. Die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts beginnende klarere Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme brachte insoweit eine vorübergehende Änderung, als der mandans nunmehr wie der consulens als Teilnehmer erscheint und zum auctor in scharfen Gegensatz tritt[26]). Die sich damit schneidende Unterscheidung aller am Delikt Beteiligten nach dem Grade ihrer ursächlichen Bedeutung für den verbrecherischen Erfolg[27]) ließ jedoch das Kausalverhältnis nur noch mehr hervortreten und führte unter allmählicher Beseitigung der überkommenen Teilnahmeformen eine Entwicklung herbei, an deren Ende die Gegenüberstellung von (physischem und intellektuellem) Urheber und Gehilfen steht[28]).

Als in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts Luden (unter Leugnung des Kausalzusammenhangs) die Teilnahmenatur der Anstiftung verteidigte, fand er damit keinen Anklang[29]). Auch das preußische Strafgesetzbuch, das unter dem Einfluß des französischen Rechts in seinem § 35 auf den Teilnehmer dasselbe Strafgesetz für anwendbar erklärte, welches auf den Täter Anwendung finde, und damit, wennschon nicht mit unzweideutiger Klarheit, die Abhängig-

---

[25]) Engelmann 509 ff.

[26]) Schaffstein 184 f., 206.

[27]) Zuerst bei Pufendorf. Vgl. Schaffstein 190 f.

[28]) Vgl. Heimberger 158, 228, 231 ff., 240, 246; Feuerbach § 46. — Siehe auch Bauer 9; Birkmeyer VDA. **2** 17.

[29]) Hergt 11 ff.

keit der Teilnahme von der Haupttat festsetzte, führte keinen völligen Umschwung herbei[30]). Erst Schütze Notw. Teiln. 247, 256 führte die Teilnahmetheorie tatsächlich und nachdrücklich durch[31]), und Birkmeyer Teilnahme 146 ff., VDA. **2** 11 brachte die Entwicklung vorläufig zum Abschluß.

Inzwischen war das Reichsstrafgesetzbuch in Kraft getreten, das in seinem § 50 deutlicher Stellung nahm, als das preußische Strafgesetzbuch es getan hatte. Für das geltende Recht wird denn auch die Urheberschaftstheorie nur von wenigen vertreten. Ihr Hauptverfechter war bis zuletzt Kohler. Aus der Zeit vor ihm ist Hermes 25 f. anzuführen (S. 19), der noch (gegen Schütze) die herrschende Auffassung auszusprechen glaubte. Auf der Grenze steht Hälschner; vgl. einerseits S. 393 f.: Der Anstifter „beabsichtigt eine strafbare Handlung zu verüben, und zwar dadurch, daß er sich der Tätigkeit des Angestifteten als Mittels der Verübung bedient"; andererseits S. 398, 4: „Die Anstiftung erfordert als Akt der Teilnahme an der von einem anderen verübten strafbaren Handlung, daß der Angestiftete eine von ihm selbst zu verantwortende strafbare Tat ausübte." Das gleiche gilt auch von Wächter 255 f. Schwarze 131, der die Beihilfe im Gegensatz zur Anstiftung „nur akzessorisch" nennt, zählt nicht hierher; er verwendet das Wort in einem engeren Sinn (= nicht-kausal, dem fremden Entschlusse beitretend).

Kohler Studien I 106 ff.; Leitfaden 32, 33 f. geht davon aus, daß die Systematik unseres Gesetzes nicht von entscheidender Bedeutung sein könne. Im Strafrecht müsse die gleiche Freiheit der Auslegung Platz greifen, wie sie im bürgerlichen Recht üblich sei (GA. **55** 2). „Die Auffassung des Anstifters als Teilnehmers an fremder Schuld ist aber deshalb verfehlt, weil eine Teilnahme an fremder Schuld eine Teilnahme an fremder Verantwortlichkeit involvieren würde . . . Der Anstifter haftet vielmehr als Urheber der Tat selbst" (Studien I 106 f.). Was er unter Teilnahme an fremder Verantwortlichkeit versteht, wird noch deutlicher durch den Hinweis, daß sie allerdings im Laufe der Strafrechtsentwicklung

---

[30]) Siehe z. B. Goltdammer 300 ff.; Geib 342 f., 345 f.; im übrigen vgl. Bauer 30 ff.

[31]) Das Wort „akzessorisch" findet sich freilich auch bei ihm nur hinsichtlich der Beihilfe.

häufig vorgekommen sei; „ganze Familien, ganze Geschlechter, ganze Staaten mußten die kriminelle Verantwortung für einzelne Personen übernehmen". Er unterstellt damit also der herrschenden Lehre einen Teilnahmebegriff, der ihr völlig fernliegt und mit dem an der individuellen Verantwortlichkeit festhaltenden Strafgesetz auch nicht vereinbar wäre. Da sie ihm unannehmbar erscheint, läßt er vermöge des Satzes der psychischen Kausierung den Anstifter für „seine eigene Tat, welche er durch das fremde Medium vollzogen hat", haften. „Hiernach ist die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber nach ihrem juristischen Charakter von demjenigen unterschieden, was man mittelbare Täterschaft nennt... Bei der Anstiftung haben wir daher zwei Täter, den Anstifter als den intellektuellen Täter und den ‚Täter' als den intellektuellen und faktischen Täter zugleich." (Studien I 110, 113 f.) Die gesetzliche Bestätigung dieser Ansicht findet er im § 50.

Diese Urheberschaftstheorie wird für das geltende Recht von den Späteren noch vertreten von Nagler 143 ff. (siehe aber auch 97), Brümmerstädt 48, 65 und Ibach 47 ff., 66 f. Ibach versucht dabei, den Begriff der akzessorischen Natur auf einen „richtigen Kern" zurückzuführen (58) und kommt zu dem Ergebnis, daß die Abhängigkeit von einer begangenen und strafbaren Haupttat einen bedeutsamen Unterschied gegenüber der mittelbaren Täterschaft nicht begründet (65 f.). Hippel II 448, 451, 461 betrachtet gleichfalls die Anstiftung des geltenden Rechts grundsätzlich als intellektuelle Urheberschaft, nur daß er sich, wenn auch widerwillig, in der Darstellung dieser Lehre der „gemeinen Meinung in Wissenschaft und Praxis" beugt. Aber auch was er bekämpft, ist eigentlich nur der Begriff einer „akzessorischen Natur" im Sinne einer „entlehnten" Strafbarkeit.

Die fast einhellige Meinung geht dahin, daß das Reichsstrafgesetzbuch in seinen §§ 48, 50 die akzessorische Natur der Anstiftung anerkannt hat. Sie wird von Herzog GS. **24** 443 ff., 450; **28** 322 f. im Sinne einer Abhängigkeit von der objektiven Tatbestandsverwirklichung (sog. limitiert-akzessorische Form), im übrigen als Abhängigkeit von einer schuldhaft begangenen Haupttat verstanden. Als Täterschuld wird meist Vorsatz verlangt. In der Bestimmung zu fahrlässigem Handeln sehen eine Anstiftung im Sinne des § 48: Goltdammer 300 f., 304; Binding Grundriß 171, Normen II 891 N. 3;

M. E. Mayer 407 — alle drei unter Hinweis auf die mißverstandene gesetzliche Bestimmung (§ 34 Z. 1 PrStGB.; § 48 RStGB.) „durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums“ [32]); ferner Borchert 60 f.; Birkmeyer Teilnahme 141; Beling Grundz. § 78 I; Dreyer 41; Röhricht 21; Weinberg 69 [33]).

Über das Wesen der Akzessorietät und ihre Auswirkungen ist man bis heute nicht zu einer einheitlichen Anschauung gelangt. Nach den einen ist „mit dem Begriff der Teilnahme die akzessorische Natur derselben von selbst gegeben“ [34]), und zwar in der extremen Form des positiven Rechts [35]). Nach anderen, insbesondere allen, die sie de lege ferenda wenigstens in dieser extremen Form bekämpfen (das sind die meisten), ist „der Teilnahmebegriff durch und durch ein Produkt des Gesetzes“ [36]). Man begnügt sich im allgemeinen damit, sie als die Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von einer schuldhaften Haupttat zu bezeichnen. Eine tiefere Begründung findet sich nur bei wenigen; sie ist meistens von der Auffassung über die Anstifterkausalität beeinflußt. Daraus ergeben sich zwei Richtungen, die sich durch die Begriffe „Schuldzusammenhang“ und „Tatbestandszusammenhang“ kennzeichnen lassen.

Die Lehre, die unter Akzessorietät den Schuldzusammenhang zwischen Täterschaft und Teilnahme versteht, ist in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs herrschend. Das kann bei Beachtung der geschichtlichen Entwicklung nicht wundernehmen. Wegen der menschlichen Willensfreiheit hatte man den Kausalzusammenhang geleugnet und die alte Urheberschaftstheorie verlassen. Den Ersatz für das damit zerrissene Band zwischen Anstiftertätigkeit und Erfolg fand man in einer unklar vorgestellten Verkettung von Anstifter- und Täterschuld. „Das Reichsstrafgesetzbuch nimmt den Standpunkt ein, daß der Anstifter nicht selbst im

---

[32]) Goltdammer ist von der Richtigkeit dieser Auslegung so überzeugt, daß er einen Druckfehler in dem a. a. O. von ihm zitierten und für die gegenteilige Ansicht sprechenden Kommissionsbericht annimmt und ihn unter Hinzufügung eines „nicht“ in seinem Sinne deutet.

[33]) Weinberg nimmt Idealkonkurrenz von vorsätzlicher Täterschaft und Anstiftung zum Fahrlässigkeitsvergehen an.

[34]) Birkmeyer VDA. 2 3.

[35]) Birkmeyer Teiln. 153. Gegen ihn auch Hergt 134.

[36]) M. E. Mayer 388; Liszt-Schmidt § 49 I; Loewenheim 10; Bauer 128.

Nexus mit der Tat stehe, sondern lediglich im Nexus mit dem Täter“ [37]).

Ihre eigenartigste Ausprägung gewinnt diese Ansicht wohl bei Schütze Notw. Teiln. 250 ff. Der Anstifter ist Schöpfer des Täterwillens. Dieser „Tatanteil“ wirkt nun als mitbelebender Geist in der Täterhandlung fort. In dem fremden Tatkörper verborgen, gestattet er keine äußerliche Schätzung, sondern geht von selbst in den (allerdings „ganz besonders erheblichen“) „Schuldanteil“ über. Auch Wachenfeld 191 f. spricht von der „Wirksamkeit in der Täterhandlung“ als dem „Erfolg“ der Anstiftung im technischen Sinne.

Liszt § 51 I 3 faßt den Gedanken etwas anders. „Die Anstiftung ist nach der Auffassung unseres positiven Rechts nicht intellektuelle Urheberschaft, sondern (unselbständige) Teilnahme an der Tat eines anderen; sie trägt den Grund ihrer Strafbarkeit nicht in sich, sondern entlehnt diese Strafbarkeit aus dieser fremden Tat“ [38]).

Auch nach Birkmeyer Teilnahme 144 ff. sind die Teilnahmehandlungen für sich betrachtet gleich den Vorbereitungshandlungen straflos (144). Zu strafbaren Handlungen werden sie erst, insofern sie sich zu einer selbständigen strafbaren Handlung, als Teilnahme daran, hinzugesellen. „Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten“ (146). Dieser Gedanke der „Entlehnung“ erfährt aber bei ihm insofern eine gewisse Abschwächung, als er den Kausalzusammenhang zwischen Teilnahme und Erfolg nicht völlig leugnet, sondern ihm als einem bloßen Bedingungszusammenhang nur untergeordnete Bedeutung beimißt. Die der Teilnahmehandlung mangelnde Kausalität wird dadurch, daß sich ihr faktisch die Täterhandlung gesellt, „ergänzt“ (153).

Hergt 131, der diesen letzten Gedanken näher ausführt, entfernt sich von dem Standpunkt des Lehrers mehr, als er vielleicht selbst wahrnimmt. Seine Darlegungen bilden den Übergang zu der Anschauung, die in tatbestandlichen Zusammenhängen das Wesen der Teilnahmeakzessorietät erblickt.

Diese sind zuerst von Beling erkannt worden. Die Teilnahme ist zerlegter Tatbestand (L. v. V. 392). Der Ausführung als Ver-

---

[37]) Korn 9.

[38]) Liszt-Schmidt hat diese Fassung beibehalten. Vgl. ferner Bauer 76: „Der Teilnehmer entlehnt seine Schuld aus fremder Strafbarkeit“; Finger 345 N. 444; Stoll 10 ff.

wirklichung des „Tatbestandskerns“ steht die Teilnahme als „Vor- und Nebenhandlungen“, Handlungen der „Außenzone“ gegenüber (397). Anstiftung und Beihilfe sind daher „ohne konstruktive Zuhilfenahme dieser Haupttat gar nicht konstruierbar“ (398). Sie sind „auf die Täterschaft (auf die diese charakterisierenden gesetzlichen Tatbestände) bezogen, also zu der Haupttat „akzessorisch“ (Grundz. § 76 I).

Noch schärfer drückt M. E. Mayer diesen Gedanken aus. Die §§ 48 und 49 enthalten Strafausdehnungsgründe; sie begründen die Tatbestandsmäßigkeit der Teilnahmehandlungen, nämlich „dadurch, daß sie den Merkmalen der einzelnen Delikte eine Geltung verschaffen, die über den begrifflichen Umfang dieser Merkmale hinausragt“ [39]). Hierauf beruhen die Beziehungen zwischen Täterschaft und Teilnahme. „Da nämlich der auf den Täter gemünzte Tatbestand erweitert wird, muß die Teilnahme in irgendeiner Abhängigkeit von der Täterhandlung stehen“ (390 f.). Dies ist die (graduierbare, vom Gesetz als „extrem-akzessorische Form“ anerkannte) akzessorische Natur.

Diese Lehre hat Zustimmung gefunden bei Coenders 205; Dreyer 7 f.; Röhricht 13; Michael 12.

Schließlich ist noch die letzte der drei über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme möglichen Ansichten zu erwähnen: die Teilnahme ist ein selbständiges Verbrechen (delictum sui generis). Sie wird vertreten von Höpfner ZStW. **26** 579 ff. Die Lehre von der akzessorischen Natur der Anstiftung und Beihilfe hat weder de lege lata noch sonst irgendwelche Berechtigung (580). Sie kann die Strafbarkeit der Teilnahme nicht begründen, weil sie ihre Rechtswidrigkeit nicht dartut. Aber auch die Urheberschaftstheorie läßt es bei vielen Verbrechen daran fehlen (585). Die Teilnahmebestimmungen enthalten vielmehr selbständige Rechtsnormen. Anstiftung und Beihilfe sind nicht Begehungsformen von Delikten, sondern Übertretung anderer Normen als der vom „Täter“ übertretenen Norm, sie sind delicta sui generis (586 f., 617, 619. Formulierung der Rechtsnorm 625). Sie sind zwar mit Strafe bedroht wegen ihrer kausalen Bedeutung für den Erfolg; aber die (objektive) Begehung der straf-

[39]) M. E. Mayer Lehrbuch 374 f. Zustimmend Zimmerl 45, der aber dem Ausdruck „Tatbestandsausdehnungsgrund“ den Vorzug gibt.

baren Handlung durch den Täter ist lediglich Bedingung ihrer Strafbarkeit, und zwar in dem Sinne, wie der zum Verbrechensbegriff gehörige Erfolg Bedingung der Strafbarkeit des verbrecherischen Tuns ist (620, 600 ff.).

Also eine etwas verworrene Lehre. Sie ist veranlaßt durch die Verfehltheit des damals herrschenden Akzessorietätsbegriffs, schießt aber übers Ziel hinaus. Nach dem Erscheinen der „Lehre vom Verbrechen" hat Höpfner eingelenkt und geglaubt, daß der Gegensatz zwischen seiner und Belings Meinung nur scheinbar vorhanden sei und im wesentlichen auf eine Wortdifferenz hinauslaufe (ZStW. **27** 473). Die Ansicht, daß die Teilnahmehandlungen nicht Begehungsformen seien, sondern anderen Tatbeständen unterfielen, hält er jedoch aufrecht. Und jedenfalls bleibt auch der wesentliche Unterschied, daß nach Höpfner zur Strafbarkeit der Anstiftung die Verwirklichung objektiven Unrechts durch den Angestifteten genügt (ZStW. **26** 607, 611 ff.).

§ 4. Die Rechtsprechung.

Mit der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht nimmt das Reichsgericht ein akzessorisches Verhältnis der Anstiftung zur Haupttat an. Das ist vielfach ausdrücklich erklärt: E. **5** 227 ff. (229). II 9. 12. 81, 282 ff. (286). II 30. 12. 81, **8** 153 ff. (159). II 30. 3. 83, 229 ff. (231). I 16. 4. 83, **11** 56 ff. (59 f.). III 9./16. 6. 84, **14** 19 ff. (23). III 15. 3. 86, 102 ff. I 29. 4. 86, **31** 395 ff. (396). I 8./22. 12. 98, **38** 26 ff. (27). III 3. 4. 05, **40** 21 ff. (25). V 7. 12. 06, **59** 34 f. III 15. 1. 25, **61** 31 ff. II 22. 11. 26, 265 ff. (267). II 17. 3. 27. Es ergibt sich aber ebensooft aus den weiter unten zu besprechenden Folgerungen. Hinsichtlich des Charakters der Haupttat war die Rechtsprechung zunächst nicht einheitlich. Nach der in E. **23** 175 ff. I 20. 6. 92 ausgesprochenen Ansicht des I. Senats ist Anstiftung zu einem Fahrlässigkeitsvergehen undenkbar. Zur Begründung beruft sich die Entscheidung auf Wortlaut und Motive. „Der Anstifter bestimmt einen anderen zur Tat dadurch, daß er in ihm den Willen, die Tat zu begehen, vorsätzlich hervorruft. Die Motive sagen: Die Tat des Angestifteten ist die Folge der vorsätzlichen Einwirkung des Anstifters auf den Willen des Angestifteten; . . . der Anstifter erweckt in der Person des Angestifteten den Ent-

schluß zur Verübung der strafbaren Handlung und nimmt durch diese intellektuelle Einwirkung auf den Willen des Täters an dessen Willensbetätigung, der strafbaren Handlung teil. Aus dieser Begriffsbestimmung der Anstiftung ergibt sich, daß dieselbe nur bei einem vorsätzlichen Delikte möglich und bei dem Fahrlässigkeitsvergehen, wo der Täter die Rechtsverletzung nicht gewollt hat, ausgeschlossen ist." Merkwürdigerweise erklärt aber der gleiche Senat in E. **25** 8 ff. (12) I 14. 12. 93 auf die Veranlassung einer mit einer bloßen Ordnungsstrafe bedrohten Handlung die für die Anstiftung geltenden Bestimmungen für anwendbar, gleichviel, ob der Täter mit oder ohne Vorsatz gehandelt hat. Ins gegenteilige Extrem verfällt der III. Senat in E. **25** 38 ff. (42). III 15. 1. 94. Danach ist Anstiftung im Sinne des § 48 nur bei (in abstracto) vorsätzlichen Delikten denkbar. Dieser Anschauung sind die übrigen Senate nicht gefolgt; vgl. E. **30** 292 ff. (295 ff.). II 2. 11. 97, **44** 429 ff. (432 f.). V 28. 4. 11. Der III. Senat gibt sie in E. **49** 68 f. III 21. 12. 14 ausdrücklich auf. Seitdem ist es die einhellige Auffassung des Reichsgerichts, daß nicht die gesetzliche Formulierung des einzelnen Delikts entscheidet, sondern daß es genügt, wenn die Haupttat im gegebenen Falle vorsätzlich begangen ist. Liegt auf seiten des Täters ein Schuldausschließungsgrund vor, so kann eine Bestrafung wegen Anstiftung nicht erfolgen. Persönliche Ausschließungsgründe beim Täter beeinflussen dagegen die Strafbarkeit des Anstifters nicht, R. **4** 700 ff. (701). III 20. 9. 82; E. **14** 19 ff. (23 f.). III 15. 3. 86, **31** 395 ff. (396). I 8./22. 12. 98.

Abgesehen von dieser Abhängigkeit der Strafbarkeit des Anstifters von einer vorsätzlich begangenen Haupttat gibt das Reichsgericht keinen befriedigenden Aufschluß über das Wesen der akzessorischen Natur. Das Deutlichste ist noch die oben angeführte, an Hand der Motive gegebene Begriffsbestimmung. Offensichtlich befindet sich das Reichsgericht im Fahrwasser der Entlehnungstheorie. Die Anstiftungstätigkeit selbst ist ihm „ein strafrechtlich indifferenter Akt". Sie wird strafbar erst, „wenn sich kausal als deren Wirkung die Haupttat, die nach dem Willen des Anstifters ausgeführt werden sollte, anreiht", E. **25** 424 ff. (426). I 14. 6. 94. Eine scharfe Erfassung der Art dieses Abhängigkeitsverhältnisses läßt es aber, namentlich im Anfang, vermissen. In auffallendem Widerspruch stehen z. B. zwei ältere Entscheidungen des II. Senats, die im

gleichen Monat ergangen sind, E. 5 227 ff. II 9. 12. 81 und 282 ff. II 30. 12. 81. Nach beiden erhält die Anstiftung „ihren strafrechtlichen Charakter" erst durch die Tat des Täters. Die zweite Entscheidung erblickt in dieser „Zurückbeziehung der Haupttat auf die Anstiftung" das akzessorische Verhältnis. Während nun aber die erste Entscheidung die Haupttat zwar auch als die „notwendige Bedingung für die Strafbarkeit des Täters" bezeichnet, diesen aber doch für die von ihm „vorsätzlich, d. h. mit dem Bewußtsein der Kausalität seines Tuns, hervorgerufene Handlung" haften läßt, nennt die zweite sie eine „neben der Handlung im weiteren Sinne und dem schließlichen Erfolge" stehende Vorbedingung für die Existenz einer strafbaren Handlung gleich der Haupttat im Verhältnis zur Begünstigung, der Konkurserklärung oder Zahlungseinstellung beim Bankrott, der Auflösung der Ehe bei der Ehescheidung und dem Ehebruch.

Daß dem Wortlaut nach in beiden Entscheidungen etwas ganz Verschiedenes gesagt ist, leuchtet ein. Denn Zahlungseinstellung und Ehescheidung sind objektive, vom Vorsatz nicht umfaßte Bedingungen der Strafbarkeit. Auf die Vollendung, den Erfolg der strafbaren Handlung sind sie ohne Einfluß. Dieser Loewenheimsche Anstiftungsbegriff ist aber nicht der des Reichsgerichts. Das ist in dem ersten der angeführten Erkenntnisse deutlich ausgesprochen. Im Grunde will auch das zweite von der dort vertretenen Ansicht nicht abgehen, wie sich daraus ergibt, daß es die Verjährungsfrist erst mit der Haupttat beginnen läßt (286).

Festzuhalten ist jedenfalls, daß das Reichsgericht überhaupt die akzessorische Natur der Anstiftung anerkennt. Auch in dieser Hinsicht hat es zu Bedenken Anlaß gegeben. Ein Feriensenat bezeichnet einmal den Anstifter als „intellektuellen Urheber". Gemäß § 48 Abs. 2 sei § 161 auf den Anstifter zum Meineid vollständig anwendbar. „Dies rechtfertigt sich weiter durch die Betrachtung, daß der Anstifter zum Meineid als intellektueller Urheber des Verbrechens sachlich dem Meineidigen ganz gleichsteht." E. 4 377 ff. (379). FS. 10. 8. 81. Birkmeyer (Teilnahme 252 ff.) nimmt an, daß das Reichsgericht in dieser und anderen von ihm angeführten Entscheidungen mit Buri der Urheberschaftstheorie huldigt. Er übersieht jedoch, daß das Wort „intellektueller Urheber" zu damaliger Zeit noch nicht eindeutig den Sinn von „mittelbarer Täter" an-

genommen hatte und unter Umständen nichts weiter besagte als intellektueller Verursacher. Die weiteren von Birkmeyer angezogenen Entscheidungen sprechen in der Tat nur allgemein von Urheber, Verursachen. Der Schluß, den Birkmeyer vom Standpunkt seiner Kausalitätstheorie zieht, daß das Reichsgericht sich in diesen Entscheidungen in Widerspruch setze zu der sonst von ihm vertretenen Ansicht, ist daher zum mindesten nicht zwingend.

Wie das Reichsgericht die akzessorische Natur der Anstiftung auffaßt, zeigen am besten die von ihm daraus gezogenen, zum Teil sehr weitgehenden Folgerungen. Die wichtigsten ergeben sich aus der nachfolgenden Übersicht.

1. Der Begehungsort der Anstiftung ist dort, wo die Haupttat begangen ist. E. **25** 424 ff. (426). I 14. 6. 94.

2. Die Verjährungsfrist für die Anstiftungstätigkeit beginnt erst mit der Haupttat. E. **5** 282 ff. (286), **30** 300 ff. (310). II 26. 10. 97.

3. Der Außenstehende kann zum echten Sonderverbrechen anstiften. E. **6** 414 ff. I 22. 6. 82, **13** 52 ff. III 19. 10. 85, **14** 102 ff. I 29. 4. 86, **25** 234 ff. III 5. 4. 94. Auch die Anstiftung zur Zuwiderhandlung gegen eine Verwaltungsanordnung, die sich an eine einzelne Person richtet, ist rechtlich möglich. E. **51** 136 ff. (141). IV 2. 7. 17.

4. Bei einer einheitlichen Anstiftung zu mehreren Delikten sind auch bezüglich der Anstiftung so viele strafbare Handlungen anzunehmen, wie nach seinem Willen von den Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind. Stehen die Haupttaten im Verhältnis der Realkonkurrenz, so gilt dies auch gegenüber dem Anstifter. E. **5** 227 ff. II 9. 12. 81, **8** 153 ff. II 30. 3. 83, **38** 26 ff. III 3. 1. 05. Führt jedoch der Anstifter die gemeinschaftliche Begehung eines Verbrechens durch mehrere Mittäter herbei, so erscheint auch seine Straftat selbst bei äußerer Selbständigkeit der einzelnen Anstiftungshandlungen in bezug auf die verschiedenen Mittäter als ein einheitliches Delikt. E. **37** 215 ff. IV 21. 6. 04. Ist die Haupttat ein fortgesetztes Verbrechen, so kommt diese „ausschließlich mit der Person des Haupttäters individuell zusammenhängende juristische Fiktion" dem Anstifter gegenüber nicht in Betracht. „Die natürliche Tatsache, daß unter der juristisch

fingierten Deliktseinheit eine Mehrheit von Einzelhandlungen verborgen ist, welche jede, für sich betrachtet, alle Merkmale eines selbständigen Deliktes in sich trägt, tritt wieder in ihr Recht . . . Ob der Teilnehmer als Mittäter, Anstifter, Gehilfe oder Begünstiger . . . anzusehen ist, muß ausschließlich von seinem Verhältnisse zu derjenigen Einzelhandlung aus gewürdigt werden, an der er sich beteiligt hat, nicht vom Gesichtspunkte der Teilnahme oder Begünstigung zu der kollektiven Gesamtheit des fortgesetzten Deliktes." E. **17** 227 ff. (228 f.). III 15. 3. 88, **34** 5 ff. IV 13. 11. 00, **48** 206 ff. V 13. 3. 14, **57** 81 f. VI 9. 10. 22.

5. Der Anstifter ist selbst dann strafbar, wenn er bei persönlicher Herbeiführung des gleichen tatsächlichen Erfolges straflos bleiben würde, also nicht Täter sein könnte.

a) Der Gefangene bestimmt einen anderen, ihn zu befreien oder entweichen zu lassen (§ 120 f.). E. **3** 140 f. I 29. 11. 80; R. **4** 812 f. III 13. 11. 82; E. **61** 31 ff. II 22. 11. 26.

b) Der Täter oder Teilnehmer eines begangenen Verbrechens bestimmt einen Dritten, ihn zu begünstigen (§ 257). E. **4** 60 f. I 7. 4. 81, **50** 364 ff. III 23. 4. 17, **60** 346 ff. II 23. 9. 26.

c) Jemand bestimmt einen anderen zwecks Förderung der eigenen Unzucht zur Kuppelei (§§ 180 f.). E. **4** 252 ff. II 14. 6. 81, **23** 69 ff. I 13. 4. 92, **25** 369 ff. IV 22. 5. 94.

d) Ein Gläubiger bestimmt den Gemeinschuldner, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen (§ 241 KO.). E. **5** 275 ff. III 21. 12. 81, 435 ff. II 10. 2. 82.

e) Der Gemeinschuldner bestimmt einen Gläubiger zur Annahme besonderer Vorteile oder des Versprechens solcher Vorteile und zur Zusicherung der von jenem gewünschten Abstimmung (§ 243 KO.). E. **12** 122 ff. IV 24. 3. 85, **29** 304 ff. IV 8. 1. 97.

f) Jemand bestimmt einen anderen, ihn durch Gewährung eines Vorteils vom Mitbieten bei der Versteigerung abzuhalten (§ 270 PrStGB.). R. **10** 713 ff. I 10. 12. 88; E. **39** 134 ff. IV 21. 9. 06.

g) Jemand bestimmt einen anderen, ihn wider besseres Wissen bei einer Behörde anzuzeigen (§ 164). E. **59** 34 f. III 15. 1. 25.

6. Der Anstifter zum Diebstahl kann (in Realkonkurrenz) Hehler an den gestohlenen Sachen sein (§ 259). E. **8** 371 f. II 19. 6. 83; R. **6** 219 ff. II 25. 3. 84, **9** 193 ff. III 24. 3. 87; E. **19** 354 ff. I 4. 7. 89.

7. Will jemand einen vermeintlich Zurechnungsfähigen anstiften, so kann er mangels einer Haupttat nicht nach § 48, mangels des Willens, die Tat als s e i n e Tat zu begehen, nicht als Täter bestraft werden. E. **40** 21 ff. (25). V 7. 12. 06, **52** 197 f. I 20. 6. 18.

Die vorstehenden Entscheidungen befinden sich mit den im Schrifttum herrschenden Anschauungen nur zum Teil im Einklang. In einzelnen der aufgeführten Folgerungen erblickt man eine starke Überspannung des Akzessorietätsbegriffs[40]). Darauf wird im Dritten Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein.

III. Der Vorsatz des Anstifters.

§ 5. Das Schrifttum.

Hält man sich vor Augen, daß bis ins 19. Jahrhundert die Anstiftung, ohne daß sie eine scharfe begriffliche Formulierung gefunden hätte, in erster Linie als Urheberschaft für den Verbrechenserfolg aufgefaßt wurde, so ist begreiflich, daß der Vorsatz des Anstifters in der älteren Zeit so gut wie gar nicht erörtert wird. Die Behandlung des excessus mandati läßt aber den Schluß zu, daß man ihn als auf einen mehr oder weniger bestimmten Verbrechenserfolg gerichtet ansah[41]). Das entsprach ganz dem Auftragsverhältnis: wer „per alium facit", der unterscheidet sich nicht wesentlich von dem, der persönlich tätig wird. Auch die um die Mitte des 18. Jahrhunderts aufkommende subjektive Theorie veranlaßte in in diesem Punkte keine näheren Untersuchungen, um so weniger, als gerade sie mit der Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft aufs engste verbunden war. Die tiefgehenden Streitfragen über die Natur des Anstiftervorsatzes sind erst im Zusammenmit der Leugnung der Ursächlichkeit der Anstiftung für den Erfolg, der Verteidigung ihrer akzessorischen Natur in Schrifttum und Gesetz und der schärferen Formulierung des Anstiftungsbegriffs im preußischen und im Reichsstrafgesetzbuch aufgetaucht.

Nach diesen Gesetzen kommt entsprechend der geschichtlichen Entwicklung als Anstifterschuld nur Vorsatz in Betracht. Damit

---

[40]) Vgl. z. B. Kries ZStW. **7** 522; Frank II 2 zu § 48 (S. 118).

[41]) Vgl. Engelmann 486 ff.; Heimberger 29 (Clarus), 132 (Harpprecht, Frankfurt 1603); Feuerbach § 44.

setzt sich in Widerspruch, wer zwar die fahrlässige Anstiftung ablehnt, aber glaubt, die bewußte Bestimmung zu fahrlässigem Verhalten ohne Voraussicht des gesetzwidrigen Erfolges sei vorsätzliche Teilnahme, weil hier der Vorsatz, wenn auch nicht auf den verbrecherischen Erfolg, so doch auf die Handlung gerichtet sei, aus welcher der Erfolg hervorgeht. So Berner § 82 1 b; Hermes 55 f.; Bintz 22; Weinberg 61. Bintz (20 f.) bildet folgendes Beispiel: D will dem E einen Schabernack spielen; er veranlaßt den F, das einen seichten Bach überbrückende Brett abzusägen, damit E, der nur auf diesem Wege nach Hause gelangen kann, ins Wasser fiele. Beide vergaßen zu bedenken, daß das Wasser angeschwollen sei, infolgedessen E ertrinkt. Er will den D wegen vorsätzlicher Anstiftung zu fahrlässigem Verhalten bestrafen, weil eine bewußte und gewollte Beeinflussung des Willens eines anderen vorliegt, derzufolge dieser die von dem Anstiftenden gewollte Handlung vornimmt.

Diese Lehre verkennt jedoch das Wesen des Vorsatzes überhaupt. Der Vorsatz ist eine auf den Erfolg des vorwerfbaren Handelns gerichtete Kausalvorstellung. Auch wer fahrlässig handelt, will dieses Handeln meist; er ist sich nur der Folgen nicht bewußt oder rechnet doch damit, daß sie nicht eintreten werden. Das Erfordernis des Vorsatzes, der „Wissentlichkeit" im Sinne des § 48 Abs. 2, ist daher in dem genannten Beispiel nicht erfüllt. Unter dem Gesichtspunkt des Erfolges war die Bestimmung seitens des D nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig. D und F sind daher fahrlässige Nebentäter[42]).

Bei Besprechung des Anstiftervorsatzes wird durchweg der allgemeine Vorsatzbegriff zugrunde gelegt und aus dem Gegensatz von Vorstellungs- und Willenstheorie keine besonderen Folgerungen gezogen. Die Erörterung erstreckt sich in der Hauptsache auf zwei Fragen: nach dem Vorstellungsinhalt und nach der Art des Anstiftervorsatzes. Genauer gefaßt lautet die erste Frage: Welches ist der Erfolg, auf den der Anstiftervorsatz sich erstreckt?

Im wesentlichen stehen sich drei Ansichten gegenüber. Die erste knüpft sich an den Namen Loewenheims: Mit der Fassung des

---

[42]) Vgl. auch Stemann GA. 5 51 f. für das preußische Recht.

verbrecherischen Entschlusses seitens des Angestifteten ist die Anstiftung vollendet.

Loewenheim geht davon aus, daß nach der Ansicht des Strafgesetzbuchs der Anstifter nur akzessorischer Teilnehmer ist, nach geltendem Recht also nicht als Urheber, d. i. Verursacher des Erfolges betrachtet werden kann (12 vgl. mit 7, 10). Die Tat wird hiernach vom Täter begangen, sie kann niemals als die Tat des Anstifters erscheinen. § 48 führt diese Auffassung auch folgerichtig durch. Nach seinem allein maßgebenden Wortlaut ist Anstiftung „die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zum Verbrechen, d. h. die Tätigkeit, durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluß, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll. Folglich stellt einzig und allein die Hervorrufung dieses verbrecherischen Entschlusses in dem Angestifteten den Erfolg der Anstiftung dar" (18. Vgl. auch 20, 35).

Diese Ansicht ist (allerdings lediglich unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Gesetzes) vor Loewenheim von Borchert vertreten worden. Das wird freilich auch bestritten[43]). Die dafür angezogenen Ausführungen S. 68, wonach der Anstiftervorsatz „die zu begehende Tat in ihrem ganzen Umfange umfassen" muß, dürfen jedoch nicht mißverstanden werden. Zahlreiche andere Stellen lassen erkennen, daß damit die Tat als Gegenstand des Täterentschlusses gemeint ist. Der Anstifter kann allerdings auch „mit dem für die Täterschaft des betreffenden Deliktes erforderlichen dolus" handeln und ist dann „an sich" (als intellektueller Urheber der Haupttat deren) mittelbarer Täter. Nur muß der Tätervorsatz in solchem Falle ignoriert und der Anstifter bloß aus dem Gesichtspunkt der Anstiftung, also wegen vorsätzlicher Hervorrufung des Entschlusses bestraft werden, um die Bestrafung des physischen Täters als Täters und nicht bloß als Gehilfen zu ermöglichen[44]). Wenn das Reichsgericht annimmt, der Wille des Anstifters müsse auf die Ausführung der Tat gerichtet sein, so tritt es damit „in Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des § 48 StGB., welcher nichts weiter erfordert, als daß der Anstifter in dem Angestifteten den Willen

---

[43]) So von Weinberg 56 N. 75.

[44]) Borchert 109 f. — Jemand kann nicht zugleich als Täter und als physisches Werkzeug betrachtet werden, 61.

zur Begehung der demnächst begangenen strafbaren Handlung hervorgerufen habe" (69; ähnlich 57).

Weitere Vertreter dieser Auffassung vom Anstiftervorsatz sind Freudenthal 60; Liepmann 77; Weinberg 48, 53 f.; wohl auch Huther 244.

Nach der durchaus herrschenden Meinung ist letzter und eigentlicher Erfolg der Anstiftung der Erfolg der Haupttat[45]), mag er auch von einzelnen der Hervorrufung des Entschlusses als zweiter oder weiterer Erfolg gegenübergestellt werden[46]). Der Vorsatz des Anstifters bezieht sich also wie der des Täters „auf den tatbestandsmäßigen Erfolg, außerdem aber noch darauf, daß dieser Erfolg durch den in die Tat umgesetzten Entschluß des Adressaten herbeigeführt werde" (M. E. Mayer Lehrb. 393).

Jene Lehre, die den Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Erfolg verneint, ohne sie als mit Hervorrufung des Entschlusses vollendet anzusehen, gerät hier in große Schwierigkeiten, auf die allerdings kaum jemand eingeht. Nur Korn setzt sich damit auseinander; seine Ausführungen vermögen aber nicht zu befriedigen. Korn gibt zu, daß bei Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs korrekterweise von einem „Erfolg" nicht gesprochen werden kann (10 N. 2).

Eine Reihe von Schriftstellern nimmt an, daß der Anstifter, um überhaupt verantwortlich zu werden, nicht notwendig den Enderfolg in seinen Vorsatz aufnehmen muß. Diese Meinung hat besonders Heilborn eingehend begründet.

Die Lehre Heilborns ist eine Erweiterung der Ansicht Loewenheims und Liepmanns. Die eigentliche Tat des Anstifters ist die Erzeugung des verbrecherischen Entschlusses beim Täter; für sie wird er bestraft; freilich nur unter der Voraussetzung, daß der Täter mit der Ausführung begonnen hat. Diese Ausführung ist jedoch nicht Bedingung der Strafbarkeit, sondern der weitere Erfolg der Anstiftung (81). Denn die Anstiftung ist ein „Erfolgsdelikt in dem Sinne, daß sie strafrechtlich erst bedeutsam wird, wenn zu ihrem

---

[45]) Birkmeyer Teilnahme 128 f.; Binding Grundr. 170, Normen II 891; Coenders 181, 232; Finger 351; Allfeld 221; Gerland Grundr. 150; Liszt-Schmidt § 51 I 4.

[46]) So von Frank II, III zu § 48; M. E. Mayer 393; Lobe Leipz. Komm. 2 zu § 48.

begrifflichen Erfolge noch ein weiterer Erfolg — ein strafbares Handeln des Angestifteten — hinzutritt. Demnach ist anzunehmen, daß der Anstifter auch dieses Handeln in seinen Vorsatz aufnehmen muß. Er will nicht nur den Entschluß, sondern eine Tätigkeit; er muß sie wollen. Aber nicht mehr, nicht den durch diese Tätigkeit herbeigeführten Erfolg" (87). Dabei ist aber „selbstverständlich genau zuzusehen, ob der agent provocateur die Vollendung des Verbrechens nicht wenigstens eventuell gewollt hat" (87)[47]).

Dieses Ergebnis, daß auch die Anstiftung zum Versuch ohne weitergehenden Vorsatz strafbar macht (Fall des sog. agent provocateur) vertreten (mit der Begründung, daß auch der Versuch unter den Begriff der strafbaren Handlung fällt) ferner: Olshausen 14 zu § 48; Beling Grundz. § 78 I; Binding Grundr. 171; Bauer 97; Dreyer 45; Schwartz 2 h zu § 48; Köhler 499 f., 521 N. 1; Gerland Grundr. 150, HR. V 871; Merkel Anstiftung und Beihilfe 147. Vollendet der Täter wider Erwarten das Verbrechen, so liegt insoweit strafloser Exzeß vor (Gerland Grundr. 150).

Eine Mittelmeinung hat Bar II 619 ff. Er leugnet, daß zwischen einem auf den Versuch und einem auf die Vollendung der Haupttat gerichteten Vorsatz überhaupt geschieden werden kann. Wie Loewenheim geht er aus von der akzessorischen Natur der Anstiftung, nimmt aber im Gegensatz zu ihm an, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und der Handlung des Täters ihr nicht widerspricht (617). Der Anstiftervorsatz muß den ganzen Tatbestand des Delikts einschließlich des Tätervorsatzes umfassen (620 f.). Die akzessorische Natur der Anstiftung ist jedoch mit einem direkt auf den Erfolg gerichteten Vorsatz nicht vereinbar (622). Der freie Wille des Täters verbietet es, diesen im Verhältnis zum Anstifter einem leblosen Werkzeug gleichzustellen (623). Der Anstifter will die Tat, zu der er anstiftet; das entspricht der unbefangenen und natürlichen Auffassung, wonach der Anstifter ohne weiteres die Vorstellung der Handlung hat (621). Er sieht das Tätigwerden des Angestifteten voraus; den Erfolg will er „nur mittelbar und bedingt so, wie er ausgehend vom Täter erscheint, und auch nur, falls er vom Täter aus-

[47]) Diese Stelle darf nicht übersehen werden, wie es meist geschieht. So unterstellt Bar II 644 Heilborn seine eigene Auffassung vom Anstiftervorsatz.

geht . . . So korrespondiert mit der Bedingtheit des Anstifterdolus die akzessorische Natur der Anstiftung" (622).

Als zweite Frage hatten wir genannt: Welches ist die Art des Anstiftervorsatzes? Man pflegt dem einfachen (direkten) Vorsatz die Absicht und den Eventualvorsatz gegenüberzustellen. Was in dieser Hinsicht vom Vorsatz des Anstifters zu gelten hat, darüber äußern sich nur wenige Schriftsteller.

Von Eventualvorsatz ist im Zusammenhang mit der Anstiftung in dreifacher Hinsicht gesprochen worden: im Sinne der Bedingtheit durch die Ausführung der Tat; das ist der soeben erörterte Anstiftervorsatzbegriff von Bars. Im Hinblick auf die Modalitäten und Einzelheiten der Ausführung; darüber wird im Dritten Teil zu handeln sein. Schließlich in bezug auf die Weckung (und Betätigung) des verbrecherischen Entschlusses; diese Frage soll uns hier beschäftigen [48]).

Für ausreichend halten den Eventualvorsatz: Schwarze 130; Finger 346 f.; Wachenfeld 206; Lobe Leipz. Komm. 2 A c zu § 48. Auch Frank III zu § 48 scheint dieser Auffassung zuzuneigen.

Dagegen verlangen eine auf die Hervorrufung des Entschlusses gerichtete Absicht: Hälschner 395; Kohler Studien I 79 f.; Huther 243; Köhler 524. Namentlich Kohler hat sich unter Bezugnahme auf Hälschner dafür eingesetzt. „Eine Verantwortung für Gespräche und Handlungen, welche mit mehr oder minder großer Wahrscheinlichkeit die schlimme Begierde entflammen können, würde zu einer höchst bedenklichen Beschränkung des menschlichen Verkehrs führen." Die Absicht bleibt jedoch als Internum unerheblich, wenn das entsprechende, in dem anderen Motive zur Tat erweckende Verhalten bereits durch ein berechtigtes Interesse „gedeckt" ist.

Einen mittleren Standpunkt nehmen ein: Goltdammer 306; Glaser 117; Oppenhoff-Delius 20 zu § 48; Bar II 619 f.; Wolff 341 f. — Schütze 251 ist nicht ganz klar, verlangt aber wenigstens einfachen Vorsatz. Auch H. F. Bünger 84 hält Eventualvorsatz nicht für ausreichend.

Nach Glaser genügt es, wenn der Anstifter die Verübung des Verbrechens mit Bestimmtheit vorausgesehen hat. Zu wünschen

---

[48]) Zu beachten ist, daß die Ausdrücke Vorsatz und Absicht in der älteren Literatur gleichbedeutend verwandt werden.

braucht er sie nur dann, wenn sie ihm nur als möglich erscheint. Bar verlangt einen eingeschränkten Eventualvorsatz im Sinne des älteren animus nocendi: niemand ist dieses dolus schuldig, „der nicht ohnehin schon eine gewisse direkte verbrecherische Absicht hatte“ (341), da gewöhnlich dolus eventualis gerade bei Anstiftung tatsächlich von der culpa nicht zu unterscheiden sein würde. Anstifter ist jemand auch dann, wenn er an sich Erlaubtes nur zu dem Zwecke äußert und tut, um damit andere zur Begehung von Verbrechen zu bestimmen. Wolff will die Fälle des erlaubten Verhaltens ausschalten und verlangt im übrigen einfachen Vorsatz im Sinne der bestimmten Voraussicht des tatbestandlichen Erfolges[49]).

§ 6. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht nimmt nicht nur einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Anstiftung und Erfolg der Haupttat an, es erblickt auch gerade in der Hervorrufung solcher verbrecherischer Erfolge das Strafwürdige der Anstiftungstätigkeit. In richtiger Durchführung dieses Gedankens ist es weiter der Auffassung, daß auch der Vorsatz des Anstifters, d. h. das „Bewußtsein der Kausalität seines Tuns“ (E. **5** 229), auf den Erfolg der Haupttat gerichtet sein muß. „Wenn das Strafgesetzbuch die Anstifter straft, so geschieht es nicht etwa deshalb, weil dieselben Schuld oder Mitschuld daran tragen, daß ein anderer sich strafbar macht und verurteilt wird, sondern weil sie dazu mitwirken, daß eine der gemeingefährlichen Handlungen, welche als solche im Teil II des Strafgesetzbuchs mit Strafe bedroht sind, verübt werde; ihr Wille muß also folgerichtig auf die Verübung einer solchen Handlung gerichtet sein. Der bloße Wille, den erfolglosen Versuch einer solchen Handlung herbeizuführen, kann unmöglich genügen.“ E. **15** 315 ff. (316). I 17. 2. 87. Aus den gleichen Erwägungen wird die als dem Wortlaut nach naheliegend bezeichnete Ansicht, daß der Wille zur Hervorrufung des Entschlusses ausreiche, abgelehnt.

Der Vorsatz des Anstifters muß sich ferner auf die Verübung der Haupttat in ihrem ganzen Umfang erstrecken, ohne daß er jedoch Tätervorsatz zu sein brauchte. Der Anstiftervorsatz „besteht in dem Willen, einen anderen zur Verwirklichung der äußeren und

[49]) Vgl. auch Wolff 217 über die Arten des Vorsatzes.

inneren Tatbestandsmerkmale einer strafbaren Handlung, einschließlich der zum inneren Tatbestand etwa gehörigen Absicht, durch die im § 48 StGB. erwähnten Mittel zu bestimmen. Dagegen gehört zum Vorsatz des Anstifters nicht der Vorsatz der Tat, zu der angestiftet wird; insbesondere braucht der Anstifter nicht die zum Tatbestand dieser Handlung gehörige Absicht zu haben. Seine Absicht kommt lediglich für die Strafzumessung in Betracht". E. **56** 171 ff. (172). I 10. 10. 21. Den gleichen Gedanken sprechen aus: E. **4** 252 ff. (254). II 14. 6. 81, 367 ff. (370). III 9. 7. 81, **5** 17 ff. (20). II 23. 9. 81 (der Anstifter muß zur Bestrafung nach §§ 243 Ziff. 3, 48 gewußt haben, daß der benutzte Schlüssel falsch war).

Nicht ersichtlich ist, welche Art des Vorsatzes das Reichsgericht in bezug auf die Weckung des verbrecherischen Entschlusses für erforderlich und genügend hält. Die oben angeführte Stelle (ebenso E. **4** 254) spricht von dem „Willen", einen anderen zu bestimmen. Das deutet auf einen direkten Vorsatz hin, kann aber zur Beurteilung der Auffassung des Reichsgerichts nicht ausreichen, da in den genannten Fällen hinsichtlich der Bestimmung des anderen sogar Absicht vorlag und nur der Umfang des Anstiftervorsatzes in Frage stand. Der III. Senat behandelt in der Entscheidung vom 19. 10. 85 (E. **13** 52 ff. [55 f.]) den Fall, daß neben dem Tätervorsatz (§ 271 StGB.) „alternativ oder eventuell" der Teilnehmervorsatz (§§ 348, 48 oder 49) steht. Dem Angeklagten war es nur um die Falschbeurkundung zu tun; ob dem Notar die Unrichtigkeit seiner Angaben bekannt war oder nicht, war ihm gleichgültig. Er wußte jedoch, daß es ein Drittes nicht gab, daß jedenfalls das eine o d e r das andere zutreffen werde, und wünschte für beide Fälle, daß der Notar die Beurkundung vornehme. Es handelt sich demnach auch hier nicht um den uns interessierenden Eventualvorsatz, sondern um eine alternativ auf intellektuelle Urkundenfälschung oder auf Anstiftung zur Falschbeurkundung gerichtete Absicht.

IV. Die begriffliche Abgrenzung der Anstiftung von den übrigen Beteiligungsformen.

§ 7. Das Schrifttum.

Die Verschwommenheit der Begriffe in der italienischen und der älteren deutschen Rechtswissenschaft äußerst sich auch in der

Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen. Ergab sich zwischen Anstifter und Täter insofern eine natürliche Unterscheidung, als dieser das Verbrechen selbst beging, jener es durch einen anderen begehen ließ, so hatte umgekehrt die Anstiftung in der Form des „consilium" mit der Beihilfe sogar eine Bezeichnung gemein[50]). Aber gerade die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Anstiftung mußte um so mehr an Bedeutung verlieren, je mehr man beide einander gleichsetzte, und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts kennt die herrschende Lehre als Formen der Beteiligung am Verbrechen vor seiner Vollendung nur Urheberschaft und Beihilfe. Zwischen ihnen unterscheiden die einen nach äußeren, die anderen nach inneren Merkmalen: objektive und subjektive Teilnahmetheorie.

Die ältere objektive Theorie, begründet von Pufendorf[51]), geht aus von der „Verschiedenartigkeit der Kausalität des Handelnden für den gesetzlichen Erfolg". Ihren abschließenden Ausdruck findet sie bei Feuerbach §§ 44 ff. An die Stelle des materiellen setzt Stübel[52]) einen formalen Gesichtspunkt: wer die Tatbestandshandlung vornimmt, ist Urheber, wer in anderer Art teilnimmt, Gehilfe. — Die subjektive Theorie wird von Heimberger (157) in ihren Anfängen auf Westphal zurückgeführt. Ihr ist maßgebend, ob der Beteiligte im eigenen oder fremden Interesse gehandelt hat oder ob er die Tat selbst beabsichtigte oder nur eine fremde Tat unterstützen wollte. Sie zerfällt hiernach in eine Interessen- und eine Dolustheorie[53]).

Die neue Gesetzgebung hat statt der Zweiteilung wieder die Dreiteilung. Sie regelt die Teilnahme ferner im Sinne extremer Akzessorietät. Die dadurch wiederauflebende Theorie von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs führt zu einer ganz andersartigen Unterscheidung der Beteiligungsformen. Sie gibt (soweit sie, wie z. B. von Loewenheim, konsequent durchgeführt wird) den bisher geltenden Oberbegriff von Täterschaft und Teilnahme: die Verursachung eines tatbestandlichen Erfolges, auf und lehrt, daß jede Art der Willensbetätigungen, die bei einem Verbrechen zusammen-

---

[50]) Heimberger 26 f.; Engelmann 418 f.

[51]) Heimberger 144 f.

[52]) Tatbestand der Verbrechen, 1805. Siehe Birkmeyer VDA. **2** 20.

[53]) Vgl. die Übersicht bei Birkmeyer VDA. **2** 19 ff. und 23 ff.

treffen können, einen anderen Erfolg herbeiführe: Die Täterschaft und Mittäterschaft den eigentlichen Deliktserfolg, die Anstiftung den Willensentschluß des Täters, die Beihilfe die Förderung oder Unterstützung des Täters[54]). Dadurch sind alle drei Beteiligungsformen hinlänglich voneinander geschieden.

Die meisten hielten jedoch, wie wir sahen, auch unter dem geltenden Recht an der Ursächlichkeit der Teilnahme[55]) als dem Gattungsbegriff fest. Damit blieb aber auch das Problem bestehen, ob die für die Strafdrohung wesentlichen Artunterschiede in äußeren oder nur in inneren Merkmalen gefunden werden könnten, und ihrem Grundgehalt nach werden die verschiedenen Teilnahmetheorien der älteren Zeit auch nach Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs verfochten. Wer zwischen Ursache und Bedingung scheidet, gelangt zur materiell-objektiven, wer die kausale Gleichwertigkeit der Erfolgsbedingungen annimmt, zur formal-objektiven oder zu einer subjektiven Theorie, je nachdem er das Vorhandensein objektiver Wertmaßstäbe anerkennt oder nicht.

Auffallend ist, daß in dem Theorienstreit die Anstiftung durchweg höchstens beiläufig erwähnt und die Unterschiedsmerkmale fast nur an dem Gegensatz von Täterschaft und Beihilfe aufgezeigt werden. Das ist zunächst geschichtlich bedingt: nach wie vor war wegen der Verschiedenheit der Strafdrohungen gerade in bezug auf Täterschaft und Beihilfe eine klare Unterscheidung nötig, und so blieb man in den altgewohnten Bahnen, zumal der Vorkämpfer der subjektiven Theorie, von Buri, die Anstiftung immer noch zur mittelbaren Täterschaft zählte. Daß man in der Praxis damit auskam, hat einen anderen Grund, auf den Gerland (HR. V 866) vom Standpunkte der formal-objektiven Theorie hinweist. Er sagt, daß Schwierigkeiten überhaupt nur hinsichtlich jener beiden Beteiligungsformen bestehen, „da der inhaltlich genau bestimmte Tatbestand der Anstiftung diese unzweideutig von der Täterschaft unterscheidet".

Wir wollen deshalb unter Verwertung der in den vorangehenden

---

[54]) Freudenthal 60.

[55]) Bezüglich der Beihilfe weichen allerdings manche ab, insofern sie ihren Erfolg lediglich in der Förderung des Täters sehen. Vgl. Lobe Leipz. Komm. 4 zu § 49 und die dort sowie Frank I zu § 49 Zitierten. Gegen Lobe auch Mezger DStZ. 8 206. — Das bedeutet aber keine Leugnung des Kausalzusammenhangs.

Abschnitten getroffenen Feststellungen untersuchen, wie die einzelnen Theorien die Anstiftung von den übrigen Erscheinungsformen des Verbrechens abgrenzen. Ein Kriterium ist allerseits unangefochten: die Anstiftung ist eine sogenannte intellektuelle Wirksamkeit, insofern die eigenen physischen Kräfte zum Erfolge nichts beitragen. Dieses Merkmal hat sie mit der mittelbaren Täterschaft, der intellektuellen Mittäterschaft und der intellektuellen Beihilfe gemein. Die Alleintäterschaft, die physische Mittäterschaft und die physische Beihilfe scheiden daher von vornherein aus.

1. Die objektiven Theorien. Die heute im Schrifttum herrschende formal-objektive Theorie fußt auf den gesetzlichen Tatbeständen. Täterschaft ist die Begehung, Mittäterschaft die gemeinschaftliche Begehung der sogenannten Haupttat, der „Tatbestandshandlung", „Ausführungshandlung", Anstiftung ist die vorsätzliche Veranlassung, Beihilfe die vorsätzliche Unterstützung einer schuldhaften Haupttat[56]). Rein äußerlich bildet die materiell-objektive Theorie zu ihr kaum einen Gegensatz. Denn auch sie hat zur Erläuterung dessen, was praktisch als Ursache und als Bedingung anzusehen ist, auf formale Kriterien zurückgreifen müssen und erblickt die von ihr inhaltlich als Ursache bezeichnete Handlung in der gesetzlichen Tatbestandshandlung[57]).

Hiernach ist Anstiftung jene „Vorbereitungshandlung", welche die Haupttat durch Erzeugung des Tatbestandsverwirklichungsentschlusses in einem anderen überhaupt erst hervorgerufen hat[58]). Von der mittelbaren Täterschaft unterscheidet sie sich dadurch, daß der Mittelsmann den gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig und vorsätzlich (nach einigen auch fahrlässig) verwirklicht haben muß (oben S. 14 f.) und daß der Anstifter die Tätereigenschaften nicht zu besitzen braucht. Eine intellektuelle Mittäterschaft kannte die objektive Theorie bis vor kurzem nicht. Neuerdings haben Mezger Vom Sinn 207 f., 208 N. 1 und Hegler Subj. Rechtswidrigkeitsmomente 319[58a]) darauf aufmerksam gemacht, daß bei der An-

---

[56]) Siehe z. B. Liszt-Schmidt §§ 50 f.

[57]) Birkmeyer Teilnahme 96 f., VDA. 2 21. — Frank II zu § 47 bekennt sich ausdrücklich zur formal-objektiven Theorie.

[58]) Beling Grundz. § 77 I, II.

[58a]) Siehe auch die daselbst N. 8 zit. früheren Abhandlungen.

nahme subjektiver Tatbestandselemente (z. B. der besonderen Absicht beim Diebstahl, Betrug) auch die Teilnahme am Tatbestand nur mit der vom Gesetz geforderten Absicht usw. als mittelbare Täterschaft bzw. Mittäterschaft angesehen werden muß. Der Anstifter unterscheidet sich nach dieser Auffassung vom Mittäter dadurch, daß er in keiner Weise am Tatbestand beteiligt ist. Das gleiche ist insoweit auch bezüglich der Abgrenzung vom mittelbaren Täter nachzutragen.

Größere Schwierigkeiten hat die Abgrenzung von Anstiftung und intellektueller Beihilfe bereitet. Die roheste Scheidung nimmt Birkmeyer Teilnahme 121 ff. vor. Da der Anstifter ebenso wie der Gehilfe eine Bedingung setzt und der Entschluß vermöge der freien Willensbestimmung des Angestifteten bzw. Unterstützten allein von diesem selbst hervorgerufen wird, kann die Gegenüberstellung von Erzeugung und bloßer Bestärkung des Entschlusses den Unterschied nicht ausmachen. Nach positivem Recht ist er darin zu finden, daß der Anstifter vor, der Gehilfe nach Fassung des Entschlusses den Willen des Verbrechers beeinflußt.

Diese Lehre erfährt Zustimmung bei Hergt 17. Sie gibt durch ein einfaches Merkmal restlos Aufschluß darüber, als was eine intellektuelle Einwirkung auf einen anderen anzusehen sei, sofern nur bei diesem die Fassung eines Täterentschlusses und ihr Zeitpunkt festzustellen und der Einwirkende nicht selbst Täter ist. Die gleiche Klarheit lassen jene vermissen, die als Anstiftung die Hervorrufung, als Beihilfe die bloße Forterhaltung und Bestärkung des verbrecherischen Entschlusses auffassen: Geyer HH. II 336 f.; Hoegel 669; M. E. Mayer 398; Richard Schmidt 148. Denn sie gehen davon aus, daß der Gehilfe immer schon einen Entschluß vorfindet, und lassen die Frage unbeantwortet, wie die für den Verbrechenserfolg mitwirksame Tätigkeit zu beurteilen sei, die schon vorher entwickelt worden ist, den später tatsächlich gefaßten Entschluß aber nicht hervorgerufen hat. Sie ist entweder gar nicht bedacht worden, oder aber diese Schriftsteller vertreten sachlich auch keine andere Ansicht als Birkmeyer.

Einige Kriminalisten heben ausdrücklich hervor, daß nicht jede intellektuelle Beeinflussung vor Entschlußfassung als Anstiftung anzusehen sei, sondern nur eine solche Einwirkung, die für den

Entschluß kausal ist. Goltdammer 308 f. nennt die Anstiftung die „causa efficiens“ für den Entschluß, Liepmann 76 f. das Setzen der für die Entschlußfassung „entscheidenden Bedingungen“. Ähnlich betont Berner § 84 Einl. (siehe auch § 85 6) die Notwendigkeit „wirksamer Bestimmung“ zur Begehung durch geeignete Mittel; bloße Aufforderung genügt nicht. Alle diese Formulierungen sind durch das zu damaliger Zeit so leidenschaftlich erörterte Problem der Willensfreiheit und ihres Einflusses auf den Kausalzusammenhang bedingt. Über die aufgeworfene Frage geben auch sie keinen befriedigenden Aufschluß.

Nach Mintz 128 liegt der Schwerpunkt der Unterscheidung nicht im Zeitpunkt, sondern im Wesen der Betätigung. Die von ihm angeführten Beispiele betreffen aber alle die (allerdings vor Entschlußfassung geleistete) mittelbare Beihilfe in der Form von Beihilfe zur Anstiftung. Nach Bar 631 ist die Grenzziehung zwischen Anstiftung und intellektueller Beihilfe fließend. Er will deshalb nach freier moralischer Würdigung unterscheiden. Konkretere Angaben macht Schütze Notw. Teiln. 262. Der vor Entschlußfassung wirksam Werdende kann unter Umständen Gehilfe sein, dann nämlich, wenn nicht er, sondern ein anderer den Entschluß hervorgerufen hat, seine Beeinflussung aber nach der Fassung des Entschlusses fortwirkt.

2. Die subjektiven Theorien. Während sich bei objektiver Abgrenzung der Beteiligungsformen aus der Schaffung eines eigenen Anstiftungsparagraphen keine Besonderheit ergibt, stehen wir gerade bei Erörterung der subjektiven Theorien vor der schon weiter oben berührten Frage, ob sie auch gegenüber dem positivrechtlichen Anstiftungsbegriff durchgeführt, ob m. a. W. als Kriterium für die Unterscheidung der Anstiftung von den übrigen Arten intellektueller Mitwirksamkeit ebenfalls die Willensrichtung angesehen wird. Betrachten wir zunächst die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft, so ist jene Frage nicht von grundsätzlicher Erheblichkeit für den, der in der Anstiftung eine Form der mittelbaren Täterschaft erblickt. Denn er setzt Anstiftung und Täterschaft immer gleich, und für ihn kann „nur der Unterschied zwischen dem Urheber und dem Gehilfen von recht-

licher Bedeutung sein“ [59]). Das Besondere der Anstiftung liegt lediglich „in der Eigentümlichkeit des vom Urheber zur Begehung gewählten Mittels“ [60]). Höchstens die Grenzziehung zwischen den Voraussetzungen der §§ 47 und 48 könnte Schwierigkeiten bereiten. Buri (GS. **25** 254) schließt aus der besonderen Regelung der intellektuellen Mitwirkung in §§ 48, 49, daß in § 47 lediglich die physische gemeinschaftliche Ausführung gemeint ist. Hiervon abgesehen besteht das Problem nur für den, der die akzessorische Natur der Teilnahme anerkennt.

Seine Lösung ist keineswegs einheitlich. Daß auch der Anstifter mit selbständigem Interesse an der Tat, mit animus auctoris handelt, ist die Ansicht von Schwarze 130 vgl. mit 119; Bierling 58 f.; Binding Grundr. 170. Diese Schriftsteller müssen daher den Unterschied in anders gearteten Merkmalen suchen. Schwarze 138 f. und Bierling 59 finden ihn darin, daß der unmittelbar Wirksame bei der Anstiftung die gleiche auf den Erfolg gerichtete Absicht hat wie der Veranlassende, bei der mittelbaren Täterschaft dagegen nur Werkzeug in dessen Hand ist. Binding sieht in der Anstiftung geltenden Rechts einen Ausschnitt aus der „mittelbaren Täterschaft“, d. h. der Verwirklichung des eigenen Täterentschlusses durch das Mittel eines zu dessen Realisierung bestimmten, vorsätzlich oder fahrlässig handelnden unmittelbaren Täters (154 ff.) [61]), bzw. der (im übrigen dem geltenden Recht unbekannten) „Urheberschaft“, d. h. der willentlichen Bestimmung eines Handlungsfähigen oder -unfähigen durch einen Handlungsfähigen, dem aus irgendeinem Grunde der „zur Täterschaft unentbehrliche konkrete Täterentschluß“, also der Tätervorsatz fehlt (161). Anstiftung ist die Bestimmung eines anderen zu dem von diesem begangenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verbrechen und hiernach im Gegensatz zu der de lege ferenda anzuerkennenden Urheberschaft nicht eine prinzipale, sondern eine akzessorische Form krimineller Verantwortlichkeit (162, 170). In subjektiver Hinsicht genügt nach dem Gesetz ein auf die Bestimmung eines Handlungsfähigen (und den Erfolg der Haupttat) gerichteter Urhebervorsatz, ohne daß freilich das

[59]) Buri Kausalität 1885 S. 39. Siehe auch ZStW. **2** 276.

[60]) Hermes 26.

[61]) Benutzung eines Schuldlosen mit Täterwillen ist Alleintäterschaft, Grundriß 146.

Vorliegen von Tätervorsatz positiv-rechtlich einen Unterschied begründete — es sei denn, daß der Bestimmende sich über die Deliktsfähigkeit seines Werkzeugs täuscht und somit nicht „Anstifter" ist oder doch gemäß § 2 als solcher nicht angesehen werden kann (Grundriß 170, Normen II 894 f.). Die mittelbare Täterschaft bleibt so weit als Täterschaft strafbar, als sie nicht kraft § 48 unter die Anstiftung subsumiert werden muß, insbesondere bei Fahrlässigkeit des Hintermannes (169).

Übertragen wir diese Lehre in die übliche Terminologie, so unterscheidet sich nach Binding die Anstiftung dadurch von der mittelbaren Täterschaft, daß der Anstifter vorsätzlich (der mittelbare Täter auch fahrlässig) und der Angestiftete schuldhaft (das Werkzeug schuldlos) handelt und daß der Anstifter die Tätereigenschaften nicht zu haben braucht.

Lobe Leipz. Komm. S. 89, 1 zu § 48 scheint anzunehmen, daß der Anstifter wie der Gehilfe mit dem animus socii handelt[62]). „Streng genommen" lasse es sich deshalb nicht rechtfertigen, wenn das Reichsgericht ein Urteil nicht aufhebe, wenn statt Anstiftung Täterschaft angenommen werde. Anstifter kann sein, auch wer tatbestandlich nicht Täter sein kann (90). Von Bedeutung wird der Vorsatz des Bestimmenden, wenn der andere nur Gehilfenvorsatz hat, weil dann Anstiftung (als vorsätzliche Verursachung eines T ä t e r verbrechens) nicht vorliegt. Stellt „jemand sich, seine Arbeitskraft und Tätigkeit derart einem Dritten zur Verfügung, daß dieser die Herrschaft über sie erhält und die ganze Ausführung sich nunmehr lediglich nach seinem Willen richtet", so ist der andere mittelbarer Täter, er selbst nur Gehilfe (sog. doloses Werkzeug) (76).

Ein objektives Unterschiedsmerkmal besteht nach Lobe gegenüber der M i t t ä t e r s c h a f t, die er (wie auch Binding), soweit der einzelne Mittäter die zum Tatbestand gehörige Ausführungshandlung nicht selbst vornimmt, als mittelbare Täterschaft auffaßt (2 a, b zu § 47). Sie kann auch in einer rein psychischen Wirkung bestehen, darf dann aber nicht „bei der bloßen Anstiftung stehenbleiben", sondern es muß „eine irgendwie gestaltete, darüber hinaus-

---

[62]) Über Borchert, der sich gleichfalls zur subjektiven Theorie bekennt (40 f., 45), vgl. oben S. 25 f.

gehende Beteiligung stattfinden, da die Anstiftung in § 48 besonders geregelt ist" (2 b β zu § 47).

Eine intellektuelle Mittäterschaft halten auch Binding und Gierlich für möglich. Binding sieht, wie es scheint, den Unterschied gegenüber der Anstiftung darin, daß der Anstifter lediglich einen anderen zu der Tat bestimmt, während bei der Mittäterschaft ein Verbrechensplan (Grundr. 159) und eine Willensgemeinschaft bei der Entschlußfassung sowie ein gemeinsamer Ausführungswille erfordert wird (153 f.). Nach Gierlich (39) will der Anstifter die Tat als eine fremde. Im Gegensatz zur Mittäterschaft fehlt das, eine nähere Beziehung zur Tat voraussetzende, Bewußtsein des Zusammenwirkens.

Die Ansichten über den begrifflichen Unterschied von Anstiftung und intellektueller Beihilfe weichen gleichfalls stark voneinander ab. Buri findet ihn in rein subjektiven Merkmalen. Wie Birkmeyer nimmt er zum Ausgangspunkt, daß der physische Urheber vom Anstifter (intellektuellen Urheber) nicht zum Verbrechen bestimmt werden kann, sondern daß er die von diesem in ihm hervorgerufenen Eindrücke selbst zum Entschluß verarbeitet. Er folgert aber daraus, daß eben darum die Wirksamkeit des intellektuellen Urhebers so gut wie die des intellektuellen Gehilfen nur eine relative und daß eine objektive (absolute) Verschiedenheit nicht aufzufinden sei. Man müsse deshalb auch hier nach subjektiven Unterscheidungszeichen suchen, und diese seien dieselben wie die für die physische Tätigkeit genannten: jemand ist intellektueller Urheber oder intellektueller Gehilfe, je nachdem er sein eigenes Interesse oder das des anderen verfolgt und damit seinen Willen unterordnet oder nicht, ob er „die Entscheidung, ob der Erfolg herbeigeführt werden soll, von dem freien Willen des Täters abhängig machen will, oder diesen für den seinigen nicht als maßgebend betrachtet". Wer lediglich das Interesse des Urhebers im Auge hat, bleibt Gehilfe trotz energischer Einwirkung auf den Täter (GA. **17** 311 ff.; ZStW. **2** 274).

Auch Hälschner, Hermes und Nagler unterscheiden nach subjektiven Gesichtspunkten. Sie ziehen aber auch objektive Momente herein. Hälschner läßt die formale Absicht des Einwirkenden (das Interesse ist unerheblich) entscheiden. Der Anstifter will die strafbare Handlung durch das Mittel des Angestifteten verüben, der Gehilfe gibt die Verübung dem Täter anheim (I 393 f.). Wer in der

Meinung der noch mangelnden Festigkeit des Entschlusses den Täter in seinem Entschluß zu stärken sucht, kann dies nur in der auf Verübung des Deliktes gerichteten Absicht tun, ist also Anstifter; Gehilfe ist, wer den vom Täter bereits gefaßten Entschluß voraussetzt und sich darauf beschränkt, ihn durch Rat in der Ausführung zu unterstützen (397 f.). Ähnlich findet Hermes (28 f.) Anhaltspunkte für die Ermittlung des dolus in Art und Maß der Einwirkung: wer den Entschluß erweckt, ist regelmäßig Anstifter, wer dem schon Entschlossenen Anleitung und Rat erteilt, Gehilfe. Nagler (143 ff.) stellt es ganz auf den Willen des „Anstiftenden" ab, ob er durch die Hervorrufung des Verbrechensvorsatzes in dem anderen als Urheber den verbrecherischen Erfolg verursacht oder ob er die Ausführungshandlung durch solche „Entwicklung des leitenden Gedankens" lediglich unterstützt. Nur in den nach Nagler sehr zahlreichen Fällen, wo das Geschehene nicht Ausdruck eines Urheberwillens sein kann (insbesondere bei der „Anstiftung" des Außenstehenden zum echten Sonderverbrechen), liegt immer Beihilfe vor (147).

Teils objektiv, teils subjektiv unterscheidet Haupt 591 ff. Wer die Verbrechensverwirklichung verursacht, wer insbesondere „die Anstiftungshandlung selbst vornimmt", ist stets Anstifter, wer die Entschlußbildung bloß fördert oder bei der Anstiftung nur in vorbereitender Weise tätig wird, ist immer Gehilfe (591). So weit die objektive Abgrenzung, die freilich über Umschreibungen und Tautologien nicht hinauskommt. Subjektiv zu unterscheiden sind die Teilnahmehandlungen, die objektiv ganz gleich liegen; das Kriterium ist darin gelegen, ob die Tat dem anderen anheimgestellt werden soll oder nicht (596).

Eine rein objektive Unterscheidung endlich nehmen Schwarze 131, 3 und Bierling 56 N. 20 vor. Der Anstifter weckt den Entschluß zur Tat, ist seine Ursache; der Gehilfe tritt dem fremden Entschlusse bei. Auch Binding ist hierher zu rechnen. Nach ihm verursacht der Anstifter das Verbrechen (Normen II 891) durch Hervorrufung des Entschlusses; der intellektuelle Gehilfe setzt (mit Unterstützungsvorsatz) nur eine Bedingung (Grundriß 163), indem er durch Ausbildung des verbrecherischen Entschlusses (Befestigung, Raterteilung) den Täter unterstützt (164).

§ 8. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht erkennt die akzessorische Natur der Anstiftung an, sieht also in ihr nicht eine Form der Täterschaft. Ob es aber dem Anstifter auch den animus auctoris abspricht, ist mit völlig eindeutigen Worten nicht zum Ausdruck gekommen. Wohl scheidet es, wie schon bei Mitteilung der von ihm aus der Akzessorietät gezogenen Folgerungen erwähnt wurde, zwischen Täter- und Anstiftervorsatz. Das tut jedoch auch die objektive Theorie: der tatbestandliche Unterschied zwischen beiden Erscheinungsformen bedingt naturgemäß auch einen anderen Vorsatzinhalt. Aber die objektive Theorie tut noch mehr: sie macht auch objektive Wertunterschiede, die subjektive Theorie nicht. Nach ihr setzen vielmehr Täter und Anstifter in jeder Beziehung gleichwertige Bedingungen für den gleichen Erfolg. Wenn das Reichsgericht trotzdem zu so einschneidenden Konsequenzen seiner Unterscheidung kommt wie dem Freispruch des mit Anstiftervorsatz handelnden Täters, so kann ein stichhaltiger Grund dafür nur in der Annahme von Schuldunterschieden gefunden werden, die auf subjektiven Momenten beruhen.

Man tut deshalb den dürftigen Äußerungen des Reichsgerichts über den Gegensatz von Täter- und Anstiftervorsatz wohl keine Gewalt an, wenn man sie im Sinne einer in erster Linie subjektiven Unterscheidung deutet. So verlangt es zur Begründung von mittelbarer Täterschaft den „Täterwillen". Der Bestimmende kann, so sagt das Reichsgericht, begrifflich diesen Willen nur haben, wenn er sich des anderen als seines Werkzeugs bedienen will, wenn er also mindestens eventuell von der Annahme ausgeht, daß dieser nicht seinerseits als Täter handeln, sondern entweder ohne Vorsatz oder doch nur mit dem Willen, die Tat des Bestimmenden zu fördern, tätig werde[63]). In E. **40** 21 ff. (25). V 7. 12. 06 wird nach Erörterung der akzessorischen Natur der Beihilfe der Wille, einen Geisteskranken als sein Werkzeug zu benutzen, als „dolus eines Urhebers" im Gegensatz zu dem eines Gehilfen bezeichnet. Von Urheberschaft könne nicht gesprochen werden bei dem, der in Unkenntnis von dem Zustande des den Tatbestand erfüllenden Geisteskranken nicht mit dem Vorsatz handele, die Haupttat als seine Tat zu begehen, son-

[63]) E. **42** 151 ff. (156). IV 26. 1. 09, **41** 61 ff. (65). V 17. 1. 08.

dern nur die Tat eines anderen befördern wolle. „Es besteht kein Bedenken, die gleichen Grundsätze auch dann anzuwenden, wenn die Anstiftung zu der ‚Tat' eines Unzurechnungsfähigen in Frage steht. Bei der . . . ebenfalls unselbständigen, akzessorischen Natur der Anstiftung kann auch diese ohne das Vorhandensein einer rechtlich wirksamen Haupttat nach § 48 nicht bestraft werden."

Damit soll doch offenbar dem Bestimmenden, der den anderen für zurechnungsfähig hält, der Urhebervorsatz abgesprochen werden. Innere und äußere Abhängigkeit werden in den angeführten Entscheidungen verquickt: der Unselbständigkeit des Willens entspricht die akzessorische Natur der Teilnahme. Täter-(Urheber-)Vorsatz hat nur, wer die Tat als eigene will — sei es auch unter Benutzung eines menschlichen Werkzeugs; wer dagegen an einer fremden Tat teilnehmen will, dem fehlt zum Tätervorsatz der selbständige Verletzungswille, mag er auch den Tatentschluß in dem anderen selbst hervorgerufen haben[64]). Für die Richtigkeit dieser Beurteilung des reichsgerichtlichen Standpunktes spricht besonders auch noch der Umstand, daß es oft eine Konsumtion der Beihilfe durch die Anstiftung als die umfassendere Art der Beteiligung an fremder Tat angenommen hat[65]). Hätte der Anstifter den animus auctoris, so würde er durch eine über die Anstiftung hinausgehende Beteiligung zum Mittäter, und die Anstiftung ginge in der Mittäterschaft auf[66]).

Mit dem Erfordernis der Täterschaft des Veranlaßten ist aber bereits ein objektives Kriterium genannt. Im Gegensatz zu der Tautologie des § 49 enthält § 48 so hervorstechende objektive Merkmale, daß das Reichsgericht sie nicht hat übersehen können. Ja, diese äußeren Unterschiedsmerkmale stehen in seiner Rechtsprechung durchaus im Vordergrund. Das subjektive Kriterium kommt durchweg erst zur Geltung, wenn eine der objektiv gegebenen Erscheinungsform entsprechende Willensrichtung auch im Wege der Auslegung nicht mehr festzustellen ist.

1. Den Mittäter sieht das Reichsgericht in bezug auf das nicht von ihm selbst verwirklichte Stück des Tatbestandes als

---

[64]) Auch Flegenheimer 25 legt die Rechtsprechung in diesem Sinne aus. A. A. H. F. Bünger 117, jedoch nicht überzeugend.

[65]) Siehe z. B. E. **2** 145 ff. (146 f.), **47** 372, **62** 74 ff. (75).

[66]) E. **26** 108 f., **27** 273.

mittelbaren Täter an[67]). Aber es geht nicht so weit, mit Binding und Gierlich eine von der Anstiftung nur durch das Bewußtsein des Zusammenwirkens unterschiedene intellektuelle Mitwirksamkeit genügen zu lassen, sondern verlangt wie Lobe eine irgendwie geartete darüber hinausgehende Beteiligung. „Der Vorsatz und Wille eines Täters beziehentlich Mittäters . . . genügt für sich allein nicht, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit als Mittäter zu begründen. Es ist vielmehr hierzu nach § 47 StGB. erforderlich, daß die mehreren die strafbare Handlung gemeinschaftlich ausgeführt haben“[68]). Notwendiges Merkmal ist also die „gemeinschaftliche Ausführung“, aber — dadurch wird die subjektive Theorie mit dem Wortlaut des § 47 in Einklang gebracht — nicht in dem engeren Sinne der Tatbestandshandlung. „Ausreichend ist selbst die geringste Mitwirkung zu ihrer (der gemeinsamen Tat) Ausführung, sogar eine — sei es körperliche oder geistige — Betätigung des Mittäterwillens, die für sich allein betrachtet nur eine Vorbereitungshandlung darstellen würde“[69]). Erforderlich ist hiernach neben dem Täterwillen irgendeine, nach Art und Maß gleichgültige, auf die Ausführung der gemeinschaftlichen Straftat gerichtete positive Tätigkeit. Bloßes Einverständnis, Billigung, Zustimmung, gemeinschaftliche Absicht reichen nicht aus[70]). Wissen um die Tat, Gutheißen, die Absicht, Vorteile aus ihr zu ziehen, würde nicht einmal zur Beihilfe genügen[71]).

Trotzdem kann unter Umständen eine gemeinsame Ausführung auch in einer bloß intellektuellen Mitwirkung gefunden werden. Besonders hervorgehoben ist Mitanwesenheit am Tatort, soweit dadurch „nach dem Willen des betreffenden Mittäters die Ausführung der Straftat auf psychologischem Wege gefördert werden sollte“ (E. **26** 345 ff. [346]), „indem der mitanwesende Genosse schon durch die Begleitung des Komplizen an den Tatort und seine Gegenwart sowohl aktuell wie intellektuell dahin mittätig wird, daß er den verbrecherischen Willen des letzteren kräftigt und unterstützt, ihm

---

[67]) E. **58** 279. I 23. 9. 24.

[68]) E. **26** 345 ff. (346). III 19. 12. 94.

[69]) E. **63** 101 ff. (102 f.). II 25. 3. 29. Siehe ferner E. **58** 279. I 23. 9. 24 und die folgenden Noten.

[70]) E. **1** 145 f. I 15. 1. 80, **3** 142 ff. (145). I 6. 12. 80, 270 ff. (273). I 17. 1. 81.

[71]) E. **9** 3 ff. III 7. 5. 83.

gegen Überraschungen Sicherheit gewährt, ihm für Notfälle Hilfe bereit hält, daß er die Ausführung der Tat überwacht und dergl. mehr" (E. **26** 351 ff. [352 f.]. III 7. 1. 95.). Bei bloßem Wissen und Billigen genügt aber auch nicht die Anwesenheit am Tatort (E. **54** 152 ff. [153]. IV 20. 2. 20).

Ja selbst eine vor der Tat liegende intellektuelle Mitwirkung kommt in Betracht: das Erteilen von Ratschlägen, Anleitung zur Ausführung, überhaupt Handlungen, die äußerlich als Vorbereitungshandlungen erscheinen[72]). Auf Grund besonderer Verhältnisse ist selbst die Erteilung der Zustimmung (zur Unterschlagung eines beiden Mittätern anvertrauten und im gemeinsamen Besitze befindlichen Loses) als positive, Mittäterschaft begründende Tätigkeit aufgefaßt worden (E. **3** 268 f. I 13. 1. 81). Dagegen ist die Zusage der Begünstigung vor der Tat (§ 257 Abs. 3) und die Vornahme der versprochenen Begünstigungshandlung keine dem Begriff der gemeinschaftlichen Ausführung entsprechende Tätigkeit (E. **15** 298, 301).

Ihre Rechtfertigung findet diese Auffassung „in dem stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarten Plane der Ausführung der Tat mit gemeinsam organisierten Kräften . . . Ohne die durch den Plan entstandene Organisation aller Teilnehmer zu einem einheitlichen Ganzen . . . wäre die Behauptung, auch der bloß Vorbereitende und der bloß Helfende habe die Tat als seine eigene gewollt, ein bloßes Wort ohne faßbaren Sinn; denn nur wer die Tat ausführen will, kann sie als seine Tat wollen". (E. **15** 295 ff. [302 f.]).

2. Wenn das Reichsgericht die subjektive Theorie dahin einschränkt, daß irgendeine positive Tätigkeit zur Begründung von Mittäterschaft erforderlich ist, so legt es doch Art und Maß dieser Mitwirkung keine entscheidende Bedeutung bei. Es folgt von Buri[73]) nicht in der Auffassung, daß die Haupthandlung nur mit Tätervorsatz ausgeführt werden könne. Wer durch die Haupthandlung nur die Tat des mit Urheberwillen Handelnden unterstützen will, ist Gehilfe. Demzufolge erkennt das Reichsgericht eine mittel-

---

[72]) E. **15** 295 ff. (297 f., 302). III 10. 1. 87, **35** 13 ff. (17). IV 3. 12. 01, **63** 101 ff. (102). II 25. 3. 29.

[73]) Teilnahme 5 f.; Kausalität 1885 S. 40 f.

bare Täterschaft „durch Benutzung der Tätigkeit eines Gehilfen“ (eines dolosen Werkzeugs) auch außerhalb der Fälle an, wo dem unmittelbar Handelnden eine zur Täterschaft notwendige Eigenschaft oder Absicht fehlt, und stellt sie den sonstigen Arten mittelbarer Täterschaft gleich. „Mittelbarer Täter ist, wer vorsätzlich veranlaßt, daß eine Straftat durch einen anderen zur Ausführung gelangt, der seinerseits nicht zurechnungsfähig ist (§ 51) oder wegen Irrtums . . . oder dergleichen schuldlos oder zwar schuldhaft, aber nicht mit Täter-, sondern mit Gehilfenvorsatz handelt“ [74]). Umgekehrt ist aber die Willensrichtung des Veranlaßten mindestens ebenso wesentlich. Der Satz: Zur Annahme mittelbarer Täterschaft reicht eine Betätigung des auf Vornahme der verletzenden Handlungen durch andere gerichteten Willens mit dem Erfolge, daß diese anderen die Handlungen wirklich vorgenommen haben, hin, ist „schon objektiv nur mit der Einschränkung richtig: sofern die anderen nicht ihrerseits Täter sind“ [75]).

Beteiligt sich also der Veranlassende nicht an der „Ausführung“, ist er nicht Mittäter im Sinne des § 47, so entscheidet zunächst die Willensrichtung des Veranlaßten darüber, ob eine mittelbare Täterschaft oder ob eine Anstiftung objektiv überhaupt vorliegen kann. Im Einzelfalle wird diese Willensrichtung als innerer Vorgang meist aus den Umständen erschlossen [76]). Vielfach sind diese derart, daß dieselben Verhältnisse, die für einen bloßen Gehilfenvorsatz des unmittelbar Handelnden sprechen, auch einen Tätervorsatz des Hintermannes annehmbar erscheinen lassen. Dahin gehören die Fälle des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs, weil der Mangel der Tätereigenschaft dem Hintermann bekannt zu sein pflegt [77]). Das Reichsgericht rechnet ferner hierher die Fälle eines Anstellungs- oder sonstigen Unterordnungs- oder Abhängigkeitsverhältnisses. Der

---

[74]) E. **63** 313 ff. (314 f.). I 8. 11. 29.

[75]) E. **42** 151 ff. (155). IV 26. 1. 09. Siehe auch E. **31** 80 ff. IV 18. 3. 98, **41** 61 ff. (64 f.). V 17. 1. 08, **44** 69 ff. (71). V 4. 10. 10, **57** 274 f. IV 27. 3. 23.

[76]) Olshausen 5 zu § 47 weist mit Recht darauf hin, daß der Handelnde selbst „häufig ein unverfälschtes Bild seiner der Tat zugrunde liegenden Vorstellungen und Regungen weder in sich zu schaffen noch viel weniger anderen vorzuweisen vermag“.

[77]) Vgl. z. B. E. **28** 109 f. IV 14. 1. 96: ein Beamter läßt durch einen Bureaugehilfen einen Transportzettel fälschen.

Vorsatz des Bestimmenden, sich der Tätigkeit solcher von ihm abhängiger Personen zur Ausführung des eigenen Täterwillens zu bedienen, bedarf dann vielleicht nicht einmal der besonderen Darlegung; denn das sind Beziehungen, so sagt das Reichsgericht, die „kraft ihrer eigenen Natur" darauf hinweisen, daß der andere ohne eigenes Interesse und ohne eigenen Antrieb nur im Interesse des Bestimmenden und für dessen Zwecke tätig wird (E. **42** 156).

Das Reichsgericht ist demnach der Ansicht, daß der mit Täterwillen Veranlassende sich über die tatsächlichen Verhältnisse im klaren ist. Immerhin könnte es auch einmal anders sein, und nicht stets hat zudem nur der Abhängige „Gehilfenvorsatz". Ein Auseinanderfallen von objektivem und subjektivem Merkmal ist denn auch nicht ausgeblieben. Das Reichsgericht sucht solche unliebsamen Ergebnisse nach Möglichkeit zu vermeiden, indem es zunächst die Beteiligungsform des unmittelbar Handelnden feststellt und dann einfach eine entsprechende Willensrichtung des Hintermannes annimmt. In einem zurückverweisenden Erkenntnisse heißt es: „Würde beispielsweise der Angeklagte . . . schon vor seiner Abreise die Umwechslung der Schilder an den von den W.-Werken gelieferten Rädern mit dem erkennbaren Willen veranlaßt haben, daß die Räder nach dieser Abänderung in die Schweiz ausgeführt werden sollten, so könnte Anstiftung oder Mittäterschaft oder, wenn Sch. schuldlos oder ohne Täterwillen gehandelt hätte, mittelbare Täterschaft . . . in Frage kommen[78]). Alle drei Erscheinungsformen werden hier nebeneinandergestellt, und das Infragekommen von mittelbarer Täterschaft wird (ausdrücklich) lediglich davon abhängig gemacht, daß der im Betriebe des Angeklagten tätige Sch. ohne Täterwillen gehandelt hat. Allerdings liegt hier, wie auch in einem anderen Falle, wo ein Rechtsanwalt seinen Bureauvorsteher angewiesen hatte, in seiner Abwesenheit Prozeßschriften durch einen Angestellten mit seinem (des Rechtsanwalts) Namen unterschreiben zu lassen[79]), ein Abhängigkeitsverhältnis vor. Aber die Möglichkeit, daß Sch. Tätervorsatz hatte, wird doch auch in Erwägung gezogen. Noch bezeichnender ist eine Entscheidung des IV. Senats[80]). Es han-

[78]) E. **58** 130 ff. (135). I 28. 3. 24.
[79]) E. **44** 69 ff. (71). V 4. 10. 10.
[80]) E. **31** 80 ff. (82). IV 18. 3. 98.

delt sich um einen Verstrickungsbruch durch die Ehefrau im Auftrage des abwesenden Ehemanns. Nach Ansicht des Senats hätte es nahegelegen, den Mann als Anstifter und die Frau als Täterin anzusehen. „Indes hat doch die Vorinstanz tatsächlich angenommen, daß die Ehefrau nur die Tat des Ehemanns habe unterstützen wollen. Geht man davon aus, so ist die Annahme der Täterschaft des G. nicht zu beanstanden, da er nach dem festgestellten Sachverhalt vorsätzlich die Tat durch seine Ehefrau hat ausführen lassen und selbst durch Absendung des Boten und Erteilung des Auftrags zur Beiseiteschaffung der Sachen mitgewirkt hat." Aus dem „naheliegenden" Anstiftervorsatz wird hier ein Täterwille (und damit aus der Beihilfehandlung eine Täterhandlung) — weil festgestellt ist, daß der andere Teil nur Unterstützungswillen hatte. Hier ist eine Lücke[81]), die jedenfalls so viel erkennen läßt, daß die Willensrichtung des Bestimmenden als Unterschiedsmerkmal erst in zweiter Linie Bedeutung gewinnt.

Immer hat das Reichsgericht allerdings diese Divergenz nicht hinweginterpretieren können. Neben den Fällen der „Anstiftung" eines latent Unzurechnungsfähigen gehört dahin auch der dem wiederholt angeführten Erkenntnis des IV. Senats E. **42** 151 ff. zugrunde liegende Sachverhalt. Ein seltenes Beispiel für den umgekehrt liegenden Fall, daß jemand mit Tätervorsatz anstiftet, ist eine jüngere Entscheidung des gleichen Senats[82]). Darin vertritt er die eigenartige Auffassung, daß ein unbeachtlicher Exzeß vorliegt, wenn jemand sich eines anderen als Werkzeugs bedienen will, dieser aber mit Tätervorsatz handelt. Er behält seine Stellung als Täter, während der andere im Verhältnis zu ihm rechtlich als Werkzeug zu gelten hat. Die Angestifteten waren in diesem Falle Kinder; im allgemeinen sind sonst gerade dann, wenn der Veranlaßte Täterwillen hatte, Zweifel an dem Anstiftervorsatz des Veranlassenden nicht aufgetaucht.

3. Die Unterscheidung von Anstiftung und intellektueller Beihilfe ist rein objektiv — begreiflicherweise, da ja beide die gleiche Willensrichtung, den auf Mitwirkung bei einer frem-

---

[81]) Auch Beling ZStW. **28** 601 und Flegenheimer 28 weisen darauf hin.

[82]) E. **57** 274 f. IV 27. 3. 23.

den Tat gerichteten Vorsatz erfordern. Die Anstiftung weckt den verbrecherischen Entschluß, die Beihilfe setzt einen vom Täter bereits gefaßten Entschluß voraus. „Daß der Täter schon ohnedies zur Tat entschlossen war und der Gehilfe den schon vorhandenen Deliktswillen nur in irgendeiner Weise unterstützt oder gefördert hat, bedingt den wesentlichen Unterschied zwischen dem sich dem Willen des Täters unterordnenden Gehilfen und dem den Willen erst erzeugenden Anstifter“ [83]). Die Frage, ob eine intellektuelle Einwirkung vor Entschlußfassung Beihilfe sein kann, wird, soweit wir sehen, überhaupt nicht erörtert. Dagegen wird die Befestigung und Bestärkung des Täterentschlusses mehrfach als intellektuelle Beihilfe bezeichnet [84]). Sehr weit geht eine Entscheidung des I. Senats (E. **27** 157 ff. I 8. 4. 95). Danach ist es Beihilfe, wenn jemand einen „Schwankenden“, einen, der „noch keinen festen Entschluß gefaßt“ hat, durch Aufforderung und Unterstützung zu dem gesetzwidrigen Verhalten bestimmt und ihn dadurch „in seinem Entschlusse bestärkt und befestigt“. Der gleiche Senat erklärt eine solche Bestärkung für unmöglich, falls der Täter ohnedies bereits fest entschlossen war [85]).

Offenbar geht die Meinung des Reichsgerichts dahin, daß sich Anstiftung und Beihilfe, mag auch die Grenze fließend sein, ohne Rücksicht auf den Willen gegenseitig ausschließen. Das kommt auch in den eingehenden Erörterungen der mehrfach zitierten Entscheidung des III. Senats zum Ausdruck. Die vor der Tat zugesagte Begünstigung ist mit Rücksicht auf den allgemeinen Wortlaut des § 48 und andere Erwägungen trotz der ausdrücklichen Bestimmung des § 257 Abs. 3 nur dann als Beihilfe zu bestrafen, wenn eben nichts weiter vorliegt „als die Begünstigungshandlung einerseits und die Zusage andererseits, wenn also ein Bestimmtsein des Haupttäters zu der Tat durch die Zusage *nicht*“ vorliegt (E. **15** 295 ff. [300]). Ähnlich sagt eine etwas spätere Entscheidung: „War die vorher gegebene Zusage nicht bestimmend zur Tat, also keine Anstiftung, so ist die vom Gesetz als Beihilfe charakterisierte Be-

---

[83]) E. **13** 265 ff. (266). III 18. 1. 86.

[84]) E. **8** 267 ff. (268 f.). I 10. 5. 83, **13** 121 ff. (122). I 7. 12. 85, **37** 321 ff. (322). I 17. 11. 14.

[85]) E. **58** 113 ff. (116). I 18. 3. 24.

günstigung nach § 49 als Beihilfe zu bestrafen“ [86]).

Suchen wir in Zusammenfassung des Ergebnisses den Anstiftungsbegriff, der der Reichsgerichtsrechtsprechung zugrunde liegt, kurz zu bestimmen, so läßt sich etwa sagen:

Anstiftung ist die mit Teilnehmerwillen vorgenommene Verursachung einer strafbaren Handlung mittels Hervorrufung des Täterentschlusses in einem anderen und als solche die akzessorische Teilnahme an der von dem anderen in Gemäßheit des Entschlusses begonnenen oder vollendeten Tat.

Sie geschieht mit Teilnehmerwillen und ist dadurch subjektiv unterschieden von allen Formen der Täterschaft.

Sie ist Hervorrufung des Entschlusses und dadurch objektiv unterschieden von Mittäterschaft und Beihilfe als der Ausführung oder Befestigung eines schon vorhandenen Entschlusses.

Sie ist Hervorrufung eines Täterentschlusses und dadurch objektiv unterschieden von der mittelbaren Täterschaft als der Benutzung der Wirksamkeit eines ohne Täterwillen Handelnden.

---

[86]) **E.** 16 374 ff. (376). III 3. 11. 87.

Zweiter Teil.

Der Begriff der Anstiftung.

§ 9. Die Anstiftung als Verursachung eines tatbestandlichen Erfolgs.

Die Anstiftung ist als strafbares Handeln nur unter dem Gesichtspunkt der Ursächlichkeit zu begreifen. Denn sie ist nicht um ihrer selbst willen - als schlichte Tätigkeitshandlung[1]) -- verboten. Die bloße Aufforderung zu strafbarem Verhalten ist nur in besonders schwerwiegenden Fällen mit Strafe bedroht. Vielmehr gewinnt die Anstiftung ihre strafrechtliche Bedeutung aus ihrer Beziehung zu einem hinzutretenden Erfolg. Darum gibt — ganz gleich, worin man den Erfolg der Anstiftung erblickt — allein das Kausalprinzip Aufschluß darüber, ob solche Beziehungen im Einzelfalle vorliegen. Denn die Kausalität ist jene Kategorie, mittels deren wir die Geschehnisse um uns und in uns denkend verknüpfen, die Form, unter der wir die Zusammenhänge zwischen den Dingen erkennen.

Der Ursachenbegriff der Philosophie, die in erster Linie berufen ist, uns über die obersten Begriffe Auskunft zu erteilen, hat aber noch einen weiteren Inhalt, der die Relation der Kausalität erst zum ordnenden Prinzip macht: den der Notwendigkeit der Aufeinanderfolge von Ursache und Wirkung. Ursache im Sinne der Logik ist jene Summe von Geschehnissen und Zuständen bis in die Unendlichkeit hinauf, die eine bestimmte Wirkung mit Notwendigkeit hervorbringt und damit ihr Dasein erklärt (Gesamtursache), aber auch und hauptsächlich das letzte dieser Antezedentien[2]), das, auf den anderen fußend, die Wirkung auslöst (Teilursache). Sie ist zu unterscheiden von der Bedingung, dem, wovon ein anderes in

---

[1]) Die Gegenüberstellung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten schließt nicht aus, auch jene rechtlich bedeutsame Tätigkeit in einem weiteren Sinne „Erfolge" zu nennen. Das ist zu beachten, wenn im folgenden vom „Erfolg der Haupttat" gesprochen wird. Vgl. M. E. Mayer 119; Lobe Leipz. Komm. S. 73.

[2]) Das wird meist verkannt. Siehe aber M. E. Mayer 137 f.

seinem Bestehen abhängig ist oder was ein Kausalverhältnis erst ermöglicht: „Gleiche Ursachen haben gleiche Wirkungen unter gleichen Bedingungen“ [3]).

Der philosophische Ursachenbegriff ist jedoch für die Frage der objektiven Zurechnung im Strafrecht [4]) ohne praktischen Wert. Der Begriff der Gesamtursache führt ins Uferlose, der der Teilursache ist zu eng. Es kommt aber auch rechtlich gar nicht darauf an, eine Erklärung dafür zu finden, warum ein bestimmter Erfolg eintreten m u ß t e, sondern zu erfahren, warum er eingetreten ist [4a]), ob insbesondere unter allem, was ihm vorangegangen ist, sich ein menschliches Verhalten befindet, das strafrechtlich in Betracht kommen könnte. Diese Bedeutung hat jede (bewußt oder unbewußt) auf den Erfolg hinzielende Willensbetätigung, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre. Das Strafrecht verbietet nicht nur die „Verursachung“ eines Erfolges, es erfüllt seine praktische Aufgabe des Interessenschutzes dadurch, daß es auch das Setzen einer nicht im philosophischen Sinne „ursächlichen“ condicio sine qua non verpönt. Denn unter dem Gesichtspunkte der Notwendigkeit f ü r den Erfolg ist sie so wichtig wie jede Ursache, weil es Grade der Notwendigkeit nicht gibt. Die Sprache des täglichen Lebens bezeichnet daher auch sie, soweit sie auch sonst unter irgendeinem Gesichtspunkt beachtlich ist, als Ursache [5]).

Erkennt man mit der Äquivalenztheorie diese kausale Gleichwertigkeit aller Bedingungen an, so kann man den Kausalzusammenhang zwischen der Anstiftungstätigkeit und dem verbrecherischen Entschluß und weiterhin der ausgeführten Haupttat nur vom Standpunkte der absoluten Willensfreiheit aus leugnen. Denn ist der menschliche Wille wenigstens motivierbar, so wird die Anstiftung zur Bedingung für den vom Täter gefaßten Entschluß. Der Anstifter ruft in ihm den Gedanken an eine zu begehende Straftat wach, liefert ihm Motive zur Ausführung, gibt ihm erst den An-

---

[3]) Vgl. Eisler-Roretz I 169 (Bedingung), III 335 (Ursache); Geyser Nr. 384. — Im Sprachgebrauch des Strafrechts ist Bedingung gleich Antezedens, umfaßt also die Teilursache mit.

[4]) Nicht allgemein strafrechtlich: für die Beweisfrage, die Schuldfrage ist er nicht zu entbehren.

[4a]) So auch Hippel II 451.

[5]) Vgl. statt aller Liszt-Schmidt § 29 II, III.

laß, überhaupt einen Entschluß zu fassen[6]). Ohne seine Mitwirkung wäre daher die Straftat nicht oder nicht zu dieser Zeit, auf diese Weise ausgeführt worden. Die Motivierbarkeit des menschlichen Willens kann aber nach unserer Erfahrung nicht bestritten werden und wird auch nicht bestritten. Denn das hieße die gegenseitige Beeinflußbarkeit der Menschen überhaupt leugnen, hieße die Erziehung zum Guten wie die Verführung zum Bösen, die wir täglich erleben, für unmöglich erklären.

Wer dennoch den Kausalzusammenhang verneint, legt den Ursachenbegriff der Philosophie zugrunde und setzt sich in Widerspruch mit dem geltenden Recht.

Auch die Unterscheidung von Ursache und Bedingung im Sinne kausaler Verschiedenheit beruht darauf, daß sich dieser nach außen hin längst aus dem Strafrecht verbannte Ursachenbegriff unter wechselnden Verkleidungen zur Hintertür wieder eingeschlichen hat. Das wird deutlich z. B. bei Birkmeyer und Arnold Horn. Birkmeyer sieht die Ursache einer Willensentschließung, die Bedingung also, welche mehr als die übrigen zu ihrer Hervorbringung beigetragen hat, in dem freien Willen selbst. Die aus ihr hervorgegangene Tätigkeit duldet daher keine weitere Ursache hinter sich, sondern nur Bedingungen, ohne deren Existenz sie selbst nicht eingetreten wäre. Eine solche Bedingung ist auch die Anstiftung (GS. **37** 276 f.).

Fragt man sich, unter welchem Gesichtspunkt diese graduelle Unterscheidung zu machen ist (kann für den gleichen Erfolg etwas wirksamer sein als ein anderes? oder gibt es nicht vielmehr nur den Gegensatz wirksam — nicht wirksam?), warum der Unterschied zwischen der Wirksamkeit der Anstiftung und der Entschließung, die aus ihr sich ergebenden Reize zum Motiv werden zu lassen[7]), immer so sein muß, daß diese überwiegt (kann nicht ein sehr starker Reiz einen sehr schwachen Willen vorfinden?), und warum andernfalls die Freiheit des Willens aufgehoben wäre, so findet man in der Sache selbst keine Erklärung. Die Freiheit wird doch nur durch die Notwendigkeit ausgeschlossen. Die Ursachenqualität der Anstiftung wäre also nur dann mit der Willensfreiheit

---

[6]) Vgl. Birkmeyer GS. **37** 276; Kohler Studien I 107.

[7]) Birkmeyer Teilnahme 30 N. 46.

unvereinbar, wenn die Anstiftung als Ursache notwendig den Entschluß hervorriefe. Die Unterscheidung käme dann in Wahrheit auf den Gegensatz „tatsächlich wirksam" — „notwendig wirksam" (also einen qualitativen Unterschied) hinaus.

In der Tat liegen der Lehre Birkmeyers solche Gedankengänge zugrunde. Verursachen, so erklärt er, heißt „eigentlich stets: einen Erfolg mit Notwendigkeit erzeugen". Immer tut dies die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges. „Das bleibt auch dann unangetastet wahr, wenn das Strafrecht dem praktischen Bedürfnis Rechnung tragend eine Einzelbedingung vor den übrigen als Ursache auszeichnet." Diese Einzelbedingung, ergänzt durch die übrigen, bringt den Erfolg mit Notwendigkeit hervor[8]). „Die beiden, wie mir scheint, unbestreitbaren Sätze: Auch der Wille hat seine Bedingungen; verursachen heißt: einen Erfolg mit Notwendigkeit herbeiführen, führen, zusammen mit Buris eigenem Satze: Jede Bedingung ist Ursache des Erfolges, mit Notwendigkeit zur Unfreiheit des menschlichen Willens"[9]).

Noch klarer tritt dieser eigentliche Kern der Unterscheidung von Ursache und Bedingung bei Arnold Horn hervor. Wo wir ein Wirken unterstellen, sagt er, „nehmen wir ein Bestimmen, ein Nötigen an, ein Übergreifen, dem sich das tangierte Objekt nicht entziehen kann" (GS. **54** 367).

Wir sehen, Birkmeyer wie Arnold Horn übernehmen, obwohl sie einen vulgären Ursachenbegriff verfechten wollen[10]), das Wesensmerkmal des philosophischen Ursachenbegriffs, das der Notwendigkeit der Wirkung. Mit der Erkenntnis dieser Notwendigkeit ist aber im Einzelfalle für die Frage der objektiven Zurechnung nichts gewonnen[11]).

Die Darstellung beider ist auch nicht widerspruchsfrei. Birkmeyer schlägt sich selbst, wenn er sagt[12]), daß die Auffassung der

---

[8]) Birkmeyer GS. **37** 334 f. N. 112.

[9]) Birkmeyer GS. **37** 336 N. 113.

[10]) Birkmeyer GS. **37** 264; A. Horn GS. **54** 329.

[11]) Das gilt auch für die Unterscheidung Ortmanns GS. **28** 87, daß „die Nebenhandlungen den Erfolg nur ermöglichen, während die Haupthandlung ihn verwirklicht".

[12]) Birkmeyer GS. **37** 267.

Ursache als der Bedingung, die den Erfolg mit Notwendigkeit nach sich zieht, offenbar unrichtig und seit ihrer glücklichen Bekämpfung durch Stübel[13]) von Wissenschaft und Gesetzgebung aufgegeben sei. Denn mit Notwendigkeit ergebe sich der Erfolg immer nur aus der Gesamtheit der Bedingungen. Damit ist jedenfalls eingeräumt, daß es auf diese Notwendigkeit überhaupt nicht ankommt[14]).

Arnold Horn macht das Wirksamwerden der vom dominus causae gesetzten Bedingung vom Hinzutreten einer aktuellen Bewegung abhängig (GS. **54** 351). Über den zu dieser Aktuierung der Potenz geeigneten Naturfaktor kann man jedoch durch das bloße Setzen der Bedingung so wenig verfügen wie über den freien Willen durch die Anstiftungstätigkeit. Das von Horn festgestellte Unterscheidungsmerkmal ist demnach in Wahrheit nicht vorhanden.

Eine begriffliche Einteilung der Antezedentien eines Erfolges in kausaler Hinsicht ist in der Tat nur nach Ursache und Bedingung im philosophisch technischen Sinne möglich. Unter den Bedingungen selbst kann nicht mehr geschieden werden. Da aber jene Unterscheidung methodisch vollkommen unfruchtbar wäre, bleibt nur übrig, jede Differenzierung zu unterlassen und die condicio sine qua non als die Ursache des Strafrechts anzuerkennen.

Gleichwohl liegt der Ansicht der vorgenannten Schriftsteller die richtige Beobachtung zugrunde, daß nicht alle Mitwirksamkeiten zum Verbrechen gleich bewertet werden dürfen. Den Worten Merkels, auf die sich Birkmeyer beruft[15]), daß aus der gleichen objektiven Wesentlichkeit der Bedingungen keineswegs ihre Gleichwertigkeit hinsichtlich ihrer realen Bedeutung folgt, kann man daher durchaus zustimmen. Verfehlt ist es nur, solche juristischen Wertmaßstäbe in die mit der Feststellung der objektiven Zurechenbarkeit bereits beantwortete und somit vorjuristische Kausalfrage hineinzutragen. Es gibt kein verschiedenes Maß positiver Wirksamkeit für die Hervorbringung des Erfolges, sondern nur eine verschiedene Art, und auch dieser qualitative Unterschied liegt nicht auf kausalem, sondern auf normativ-teleologischem Gebiet. Das Ge-

---

[13]) Vgl. darüber Hergt 3.

[14]) Auf andere Widersprüche weist Buri Kausalität 1885 S. 5 ff. hin.

[15]) Birkmeyer GS. **37** 304 N. 70. Siehe jetzt auch Merkel Anstiftung und Beihilfe 136 f.

setz unterscheidet seinen Zwecken entsprechend zwischen dem, der etwas „getan" (obwohl es das Wort „Täter", auch im weiteren Sinne verwendet), der eine strafbare Handlung „ausgeführt", „begangen", und dem, der in anderer Weise, als „Teilnehmer", zu ihrer Verwirklichung beigetragen hat. Will man unter diesem Gesichtspunkt einen vulgären Ursachenbegriff im Sinne der Täterschaft hervorheben [16]), so ist dieser Gegensatz zur Bedingungstheorie rein terminologisch, solange Folgerungen daraus nicht gezogen werden.

Das Gesetz stellt also die Täterschaft als die prinzipale Art strafbaren Handelns in den Mittelpunkt. Man kann ihr diese Vorzugsstellung nicht nehmen, ohne das Gefüge der Tatbestände zu zerreißen [17]). Auch das französische Recht, das alle Arten der Beteiligung am Delikt grundsätzlich gleich behandelt, stellt dem auteur die complices gegenüber und widmet ihnen eine eingehende Kasuistik (art. 59 ff. Code pénal). Die Tatbestandlichkeit gibt dem Verbrechen seine Note; die Tatbestände sind die Form, in der das Strafrecht die von ihm verpönten Lebensvorgänge umschreibt [18]). Für sonstige Beteiligungsarten werden nicht eigene Tatbestände gebildet, es wird nur allgemein auf die besonderen Tatbestände Bezug genommen. Sie sind „Erscheinungsformen" der einzelnen Verbrechen, und zwar „Strafausdehnungsgründe" [19]). Damit ist zugleich gesagt, daß die vollendete Teilnahme ein gleiches äußeres Geschehen voraussetzt wie die Täterschaft selbst: eine vollendete Tatbestandsverwirklichung.

Die Anstiftung ist demnach Verursachung eines tatbestandlichen Erfolgs.

§ 10. Die akzessorische Natur der Anstiftung.

Mit der im vorstehenden getroffenen Schlußfeststellung ist die Ansicht, der Erfolg der Haupttat sei bloße objektive Strafbarkeitsbedingung, schon zurückgewiesen. Wir haben weiter die Erkenntnis gewonnen, daß nicht alle Urheberschaft gleichartig ist, sondern daß

---

[16]) Dies tut z. B. Merkel 101 f.

[17]) Vgl. Zimmerl 41.

[18]) Beling Grundz. §§ 15 I, 16 I.

[19]) M. E. Mayer 341 und N. 1; Frank I vor § 47.

der Täterschaft als ihrer prinzipalen Form die Teilnahme gegenübersteht. Das Gesetz ist jedoch in seiner Systematik nicht klar und behandelt unter der Überschrift „Teilnahme" auch die Mittäterschaft, obwohl sie nicht als Teilnahme im engeren Sinne gelten kann. Wir werden uns daher zu fragen haben, ob die Anstiftung als „intellektuelle Urheberschaft" zur Täterschaft zu rechnen oder ob sie wie die Beihilfe echte Teilnahme ist.

Auch die intellektuelle, die mittelbare Täterschaft ist wie die eigenhändige Ausführung wirkliche Täterschaft, sie ist „Begehung" durch Vermittlung eines anderen. Daß dieser andere nur „Werkzeug", daß nicht auch er (vorsätzlicher) Täter sein kann, ist jedoch keineswegs von vornherein ausgemacht. Es braucht ja nur an den von Buri, Binding und Lobe[20]) verfochtenen Begriff der mittelbaren Täterschaft erinnert zu werden. Der gesetzlichen Regelung entspricht dies jedoch nicht. Nach § 48 „bestimmt" der Anstifter zur Tat, der andere „begeht" sie. Diese deutliche, durch den sonst überflüssigen § 50 noch bestätigte Unterscheidung kann nicht durch Auslegung einfach wegdisputiert werden. Die im bürgerlichen Recht angebrachte freiere Auslegung paßt nicht für das durchaus anders geartete Strafrecht, wo nicht Gleichgeordnete einander gegenüberstehen, sondern die Staatsgewalt über Freiheit und Leben der Untertanen entscheidet. Ihr müssen daher klare und unverrückbare Grenzen gezogen[21]), § 2 darf in seiner Geltung nicht angetastet werden.

Die Meinung Kohlers ist also unhaltbar. Er ist mit ihr ja auch ziemlich allein geblieben. Die im einzelnen gegen sie vorgebrachten Gründe, die durchaus Zustimmung verdienen, sollen daher hier nicht wiederholt werden[22]).

Somit ist die Anstiftung Teilnahme an fremder Tat. Ihre begriffliche Unselbständigkeit[23]) äußert sich in der ohne Zuhilfenahme eines fremden tatbestandlichen Handelns vorhandenen Unvollständigkeit ihres abstrakten Tatbestandes. Die Anstifternorm ist ihrem Zweck nach gerichtet gegen die Verursachung eines einzeltatbestandlichen Erfolges, nach dem Inhalt des Anstiftungsparagraphen aber

---

[20]) Buri Beiträge 415 ff.; Binding Grundr. 159; Lobe Leipz. Komm. 2a zu § 47.

[21]) Vgl. Coenders 201.

[22]) Verwiesen sei auf die eingehende Widerlegung bei Coenders 194 ff.

[23]) Über den positiv-rechtlichen Umfang der Abhängigkeit s. weiter unten.

nur gegen ein „Bestimmen", eine Tätigkeit, die begrifflich kein anderes Ziel umfaßt, als daß ein anderer sich entschließt. Ihre Richtung auf den Erfolg gewinnt diese Tätigkeit erst durch den dem Entschluß gegebenen Inhalt: die Verwirklichung des Einzeltatbestandes. Die Teilnahmebestimmungen sind insofern den Blankettgesetzen verwandt, nur daß bei diesen eine Strafdrohung auf eine in vollem Umfang an anderer Stelle „für rechtswidrig erklärte und tatbestandsmäßig abgegrenzte Handlung"[24]) Bezug nimmt, während jene die fremden Tatbestände nur ausdehnen, indem sie ein ihnen nicht mehr unterfallendes, den Erfolg verursachendes Verhalten für tatbestandlich erklären und dadurch Rahmentatbestände schaffen. Eine der Außenzone dieser Rahmentatbestände unterfallende Handlung führt aus sich niemals zu dem Erfolg, um deswillen allein sie geschaffen sind. Es bedarf hierzu der Verwirklichung des Tatbestandskerns, um mit Beling zu sprechen, oder, wie man ihn in seiner Beziehung zum Teilnahmeanteil am Rahmentatbestand in Anlehnung an das Wort „Haupttat" auch nennen kann, des Haupttatbestandes durch einen anderen.

In dieser Bezogenheit auf einen anderen, den strafrechtlich in erster Linie bedeutsamen Vorgang liegt hiernach das eigentliche Wesen der Akzessorietät der Teilnahme[25]). Sie ist Anlehnung, nicht Entlehnung. Sie ist aber Anlehnung auch nur im Aufbau der Tatbestände, in der Idee, nicht im tatsächlichen Geschehen in dem Sinne, daß die Haupttat wirklich begangen sein müßte. Die gedankliche Beziehung ist auch bei bloßer Tendenz der Anstiftung auf eine Tatbestandsverwirklichung vorhanden[26]).

Daß diese ideelle Bezogenheit den Begriff der Teilnahmeakzessorietät ausmacht, entspricht nicht der landläufigen Auffassung. Meist versteht man darunter die Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnahme von einer wirklich begangenen Haupttat. Eine weitverbreitete Meinung leitet auf Grund dieser Anschauung aus der akzessorischen Natur der Anstiftung die Straflosigkeit des Anstif-

---

[24]) Frank II vor § 1.

[25]) Der Lehre von Beling Grundz. § 76, I, M. E. Mayer Lehrbuch 390 wird also zugestimmt.

[26]) M. E. Mayer 390 N. 12; Dreyer 46 f. A. A. Kern GS. **92** 135.

tungsversuchs her[27]). Umgekehrt folgert Frank (a. a. O.) die Akzessorietät aus der Straflosigkeit der versuchten Anstiftung. Beide Ansichten unterscheiden sich nur im Ausgangspunkt; gemeinsam ist ihnen die Verwertung des Ausbleibens der Haupttat im Untersatz. Diese Auffassung von der Akzessorietät beruht jedoch auf der Verwechslung zweier grundverschiedener Dinge. Deshalb muß auf die Frage etwas ausführlicher eingegangen werden.

Wenn es üblich ist, von einer „versuchten" Anstiftung zu sprechen, so darf das nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich nicht um einen Versuch im Sinne des § 43 handelt. Dieser erfordert einen Anfang der „Ausführung", nicht der geplanten Verursachung schlechthin. M. E. Mayer (396) wendet ein, diese Voraussetzung sei erfüllt; es liege ein Anfang der Ausführung der im § 48 bedrohten Anstiftung vor und es ergebe sich daraus eine Kombination von zwei Strafausdehnungsgründen. Eine solche ist nun allerdings denkbar. Sie findet sich bei der Anstiftung zu einer im Versuchsstadium steckengebliebenen Haupttat. Ihre strafrechtliche Bedeutung gewinnen beide auch in dieser Kombination durch ihre Beziehung zur Haupttat in ihrer gedachten Vollendung. Gerade deshalb darf aber die Art dieser Beziehung nicht unberücksichtigt bleiben. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet ist die versuchte Anstiftung weniger als die Anstiftung zum Versuch. Sie ist, was M. E. Mayer allerdings bestreitet[28]), eine bloße Vorbereitungshandlung[29]).

Der Begriff der Vorbereitungshandlung schließt nun freilich ihre Strafbarkeit nicht aus. Sie kann zum selbständigen Verbrechen erhoben, sie kann auch nach Versuchsgrundsätzen unter Strafe gestellt werden. Regelmäßig ist sie aber aus guten Gründen straflos. Dieser Regel folgt das Gesetz, wie § 49 a zweifelsfrei ergibt und auch nirgendwo bestritten wird, auch in der Behandlung der Anstiftung. Die versuchte Anstiftung ist also straflos, weil sie bloße Vorbereitungshandlung und nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, nicht wegen der akzessorischen Natur der Anstiftung. Die Frage

---

[27]) So z. B. Liszt-Schmidt § 52 II 2 a; Hergt 138; Coenders 174 f. Dagegen Frank V zu § 48; M. E. Mayer 396 f.

[28]) Lehrbuch 396 N. 12; siehe aber 395 N. 10.

[29]) Das ist wohl auch die herrschende Meinung. Vgl. statt aller Schütze Notw. Teiln. 250, 255; Lobe Leipz. Komm. 2 B zu § 48.

der Akzessorietät wird durch die Straflosigkeit des Anstiftungsversuchs nicht berührt[30]). Es handelt sich nicht um die Relation von principale und accessorium, sondern von Ursache und Wirkung. Darum kann in der Abhängigkeit der Strafbarkeit der Anstiftung von der Begehung der Haupttat das Wesen ihrer akzessorischen Natur nicht gefunden werden[31]).

Erkannten wir vielmehr das Wesen dieser Akzessorietät in der Abhängigkeit nicht so sehr der Strafbarkeit der Anstiftung als ihrer Existenz von einem wenigstens gedachten prinzipalen Vorgang, der Verwirklichung eines Haupttatbestandes, so erübrigt es, ihren positiv-rechtlichen Umfang festzustellen. Mit der Anlehnung an einen nackten gesetzlichen Tatbestand wäre dem kognitiven, mit der Beziehung auf eine rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung auch dem legislativen Bedürfnis genügt. Denn verleiht die Tatbestandsverwirklichung der Anstiftung ihre Bedeutung, so ist sie auch in der Theorie strafrechtlich beachtlich nur dann, wenn jene widerrechtlich erfolgt ist. Das Gesetz geht weiter und verlangt eine rechtswidrig und schuldhaft begangene Haupttat. Damit hat es die extrem-akzessorische Form der Anstiftung anerkannt[32]). Das ergibt sich aus § 50, der lediglich bei persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen strafändernder Art die Person des einzelnen Beteiligten maßgebend sein läßt und damit die hyperakzessorische Form zurückweist.

Über die Art der Schuld des Täters sagt das Gesetz ausdrücklich nichts. Die mit der Beratung des Entwurfs zum preußischen Strafgesetzbuch befaßte Kommission vertrat den Standpunkt, daß der Begriff des Teilnehmers einen vorsätzlich handelnden Täter

---

[30]) Im Ergebnis übereinstimmend M. E. Mayer 396 f.; Dreyer 47; Hippel II 462 N. 1. Dieser geht allerdings in der Polemik zu weit, indem er den Begriff der Teilnahme am Verbrechen nur aus dem Gesichtspunkte der Verursachung bestimmen will und der Annahme eines akzessorischen Verhältnisses jeden vernünftigen Sinn abspricht; vgl. Hippel II 451 f. und oben S. 14.

[31]) Auf die unrichtige Beurteilung dieser Verhältnisse sind verschiedene früher erwähnte Irrtümer zurückzuführen. Höpfner ZStW. **26** 600 und Ibach 58, die nur die zuletzt erwähnte Abhängigkeit sehen, sind dadurch zur Leugnung der akzessorischen Natur der Anstiftung gekommen.

[32]) Über die vier Stufen der Abhängigkeit der Teilnahme: minimal-, limitiert-, exstrem- und hyperakzessorische Form vgl. M. E. Mayer 391.

voraussetze, und lehnte darum eine zur Vermeidung von Mißverständnissen vorgeschlagene Änderung der Worte „durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums" als unnötig ab[33]). In der preußischen Praxis setzte sich die Ansicht, daß Vorsatz erforderlich sei, durch[34]), und das Reichsstrafgesetzbuch hat sie zum mindesten nicht abgelehnt.

Vor allem sprechen aber innere Gründe für die Annahme, daß der Angestiftete nach dem geltenden Recht vorsätzlich handeln muß. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft wird, obwohl nicht ausdrücklich geregelt, vom Gesetz vorausgesetzt und in gewissen Beziehungen durch § 48 eingeschränkt, ist also mit durch Auslegung dieser Bestimmung zu gewinnen. Es wäre nun zunächst inkonsequent, bei Nichtvoraussicht des Erfolges seitens des unmittelbar Handelnden mittelbare Täterschaft nur dann anzunehmen, wenn jenem die Nichtvoraussicht nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, obschon doch auch im anderen Falle § 48 jedenfalls die volle Bestrafung nicht zuläßt. Es wäre aber auch unbillig, den, der vorsätzlich einen Erfolg herbeiführt, nur wegen Fahrlässigkeit zur Verantwortung zu ziehen — eine bei der Regelung der Anstiftung im Sinne akzessorischer Teilnahme nicht zu umgehende Folgerung[35]). Die herrschende Ansicht, die eine vorsätzlich begangene Haupttat voraussetzt, verdient daher Zustimmung.

Neben der Anlehnung an einen rechtswidrig und vorsätzlich verwirklichten Tatbestand steht die Bezugnahme auf die gegen eine vorsätzliche Täterhandlung ausgesprochene Strafdrohung (§ 48 Abs. 2). Sie gilt in vollem Umfange auch für die Anstiftung.

Nachdem wir über den Akzessorietätsbegriff Klarheit gewonnen und ihm seine Grenzen gezogen haben, können wir nunmehr die letzte Frage erörtern: Worin liegt die Rechtswidrigkeit der Anstiftung? Wie lautet die Norm, die der gegen die Anstiftung gerichteten Strafdrohung zugrunde liegt?

---

[33]) Goltdammer 301. Daß er selbst die gegenteilige Folgerung aus dieser Stelle zieht, wurde oben S. 15 N. 32 bemerkt.

[34]) Frank IV 2 vor § 47.

[35]) Sie wird gezogen von Binding Grundr. 172. Gegen ihn Frank IV 2 vor § 47.

Unrecht ist materiell betrachtet Interessenverletzung, „Widerspruch mit dem vom Recht geschützten Interesse“[36]). Subjekt des Widerspruchs ist der Mensch, Mittel die Willensbetätigung, Ergebnis die Verletzung, der „Erfolg“. Unsere Überlegung kehrt damit zum Ausgangspunkt unserer Darstellung zurück. Anlaß zur Strafverfolgung des Verbrechers ist der Erfolg oder anders ausgedrückt: die Willensbetätigung als Verursachung, nicht als schlichtes Handeln. Die erfolglos gebliebene Tätigkeit wird erst durch den Strafausdehnungsgrund des Versuchs erfaßt.

Vom Standpunkt der materiellen Rechtswidrigkeit ist es demnach gleichgültig, ob diese Verursachung eigenhändig oder mittelbar erfolgt, ob die mittelbare Ursache die Form eigener (mittelbarer Täterschaft) oder der Veranlassung fremder (Anstiftung) Tatbestandsverwirklichung annimmt, sofern nicht die besondere Art der Erfolgsvermittlung ein neues Unrechtsmoment enthält. Ein solches ist nicht vorhanden. Die Anstiftung ist kein Verführungsdelikt; sie wird nicht bestraft wegen der Beeinflussung eines Menschen zum Bösen[37]). Es handelt sich nur um verschiedene Formen der auf denselben Erfolg gerichteten Willensbetätigung[38]), die lediglich im Hinblick auf diese Verschiedenheit ungleiche Bewertung durch das Gesetz erfahren. Auch das vom Anstifter begangene Unrecht liegt in der Verursachung eines tatbestandlichen Erfolgs.

§ 11. Der Vorsatz des Anstifters.

Wenden wir uns nunmehr der subjektiven Seite des Anstiftungsbegriffs zu, so stehen wir vor der Aufgabe, den allgemeinen Vorsatzbegriff, der von Liszt-Schmidt (§ 39 I) zutreffend bestimmt wird als das pflichtwidrige Handeln eines Menschen „in Voraussicht der tatsächlichen und rechtlichen Tragweite seines Verhaltens“,

---

[36]) Mezger GS. **89** 249.

[37]) Die Frage wird wegen der Unklarheit über die kausale Bedeutung der Anstiftung namentlich in der älteren Literatur erörtert und oft im entgegengesetzten Sinne entschieden. In neuerer Zeit betrachtet der Determinist Coenders 213 ff. die Veranlassung eines Menschen zu einer Pflichtverletzung als einen „kriminell nicht harmlosen Verstoß gegen ethische und rechtliche Pflichten“. ZStW. **18** 272 nimmt auch Beling eine Norm „Du sollst andere nicht in Schuld und Strafe führen“ an.

[38]) Vgl. Binding Handbuch I 333 N. 5; Freudenthal 106 N. 1; Dreyer 26.

auf die Anstiftung als Erscheinungsform des Verbrechens anzuwenden. Hierbei ergeben sich keine Besonderheiten hinsichtlich des normativen Schuldelements der Pflichtwidrigkeit, der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens[39]), das für alles strafrechtswidrige Handeln gleichmäßig gilt. Erörterung verdient daher nur das psychologische Vorsatzelement, die Frage 1. nach den Tatumständen, insbesondere nach dem Erfolg, die den Gegenstand des Anstiftervorsatzes als Vorstellung bilden, und 2. nach dem „Verhältnis der Erfolgsvorstellung zum Handlungswillen“[40]).

1. Die Beantwortung der ersten dieser beiden Fragen ergibt sich ohne weiteres aus dem Vorhergehenden. Wir erkannten zunächst, daß der Anstiftungsbegriff dem Begriff der Urheberschaft für einen tatbestandlichen Erfolg untergeordnet ist. Der Anstiftervorsatz muß sich darum als Kausalvorstellung auf diesen Erfolg erstrecken. Die Ansicht, Erfolg der Anstiftung sei allein die Hervorrufung des Entschlusses im Täter, ist widerlegt mit dem Nachweis der Unrichtigkeit ihres Ausgangspunktes, daß ein Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Taterfolg nicht bestehe.

Der Anstiftervorsatz ist aber auch unmittelbar, nicht bloß eventuell, auf diesen Erfolg gerichtet. Der Gedankengang von Bars, der sich gegen diese Auffassung wendet[41]), läßt sich in folgende beiden Sätze zusammenfassen: Wer unmittelbar den Erfolg will, muß ihn auch unmittelbar selbst verantworten; seine Schuld kann nicht als von der eines anderen abhängig angesehen werden (Akzessorietät). Der Anstifter will vermittelst des herbeigeführten Entschlusses die Tat, wie sie der Anstiftung gemäß vom Täter ausgeführt werden soll, falls auch der Täter als frei sich entschließende Persönlichkeit sie will; sein Vorsatz ist also nur mittelbar und bedingt auf das unteilbare Ganze von Täterhandlung und Erfolg gerichtet.

In dieser Ansicht kommt zunächst besonders deutlich der oben zurückgewiesene Akzessorietätsbegriff im Sinne der Entlehnung der Verantwortlichkeit aus fremder Schuld zum Ausdruck. Ihr stellten wir die akzessorische Natur der Anstiftung als Abhängigkeit nicht

---

[39]) Liszt-Schmidt § 39 III. Siehe auch Mezger GS. **89** 252.

[40]) Liszt-Schmidt § 39 II 3.

[41]) Bar II 621 ff. Siehe auch 607.

von der Schuld, sondern im Tatbestande gegenüber. Die Tatbestandsmerkmale der Anstiftung sind: Die Bestimmung eines anderen zu einer strafbaren Handlung (Hervorrufung des Entschlusses) und tatbestandliches, rechtswidriges, vorsätzliches Handeln des anderen (Betätigung des Entschlusses). Von Akzessorietät spricht man, um es zu wiederholen, nur, weil die Ausführung das grundlegende strafrechtliche Geschehen bedeutet, weil sie den Tatbestandskern darstellt, zu dem die Entschlußweckung sich hinzugesellt. Fehlt es an einem der Tatbestandsmerkmale, ist die Haupttat nicht vorsätzlich, nicht rechtswidrig begangen, ist ein gesetzlicher Tatbestand nicht verwirklicht, ist nicht einmal der Täterentschluß gefaßt worden, so wird die Schuld des Anstifters dadurch nicht berührt. Man wird nicht dadurch schuldiger, daß man das, was man erstrebt, ohne mehr Mühe auch erreicht. So trifft in der Tat die von Bar (622) als notwendige Voraussetzung der hier vertretenen Ansicht bezeichnete Unterstellung zu: die Schuld des Anstifters ist von der Schuld des Täters nicht weiter abhängig „als von jedem anderen zur Vollendung der Straftat erforderlichen Umstande".

Die Lehre Bars enthält aber auch eine Überspannung der Willenstheorie. Der Anstifter kann, so wird argumentiert, zwar wollen, daß der andere handeln *will*, und er kann deshalb diesen Willen erregen. Er kann aber (im Gegensatz zum mittelbaren Täter) nicht direkt wollen, daß der andere *handelt*, sondern er kann diese Handlung nur für den Fall wollen, daß sie von dem anderen begangen wird, und kann sich dann als ihre verantwortliche Ursache betrachten. Der andere ist gewissermaßen sein Vertreter im Willen, wie das bei Verträgen und dergleichen täglich vorkommt.

Allein auf das *Wollen* der Tat kommt es gar nicht an, zumindest nicht in diesem engen Sinne. Betrachtet man mit der Willenstheorie das Wollen als *Erstreben* des Vorgestellten[42]), so ergeben sich aus der Willensfreiheit des Täters keine Bedenken, in diesem Sinne auch vom Anstifter zu sagen, daß er den Erfolg der Haupttat will. Deutlicher ist die Vorstellungstheorie, wenn sie Handlungswillen und Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestande gehörenden Tatumstände trennt[43]). Die Willensbetätigung des An-

[42]) Coenders 87.

[43]) Frank I zu § 59.

stifters ist mit der Hervorrufung des Entschlusses beendet. Nur diese Betätigung muß er wollen; alles weitere von der Entschlußfassung bis zum Taterfolg braucht er sich nur als ihre Wirkung vorzustellen. Aus der Eigenart dieses Kausalzusammenhangs ergibt sich allerdings für den Anstiftervorsatz eine Besonderheit. Durch die Einschaltung eines fremden Willens ist, wie auch Bar (624) hervorhebt, ein ungewöhnlicher Unsicherheitsfaktor hineingetragen. Ein ungewöhnlicher: eine völlig sichere Voraussehbarkeit des Erfolgs ist auch bei Benutzung des Naturkausalismus in zahlreichen Fällen nicht vorhanden.

Der Anstiftervorsatz umfaßt also diese gesamte Tatbestandsverwirklichung unmittelbar. Der Anstifter muß wissen, daß er einen anderen zu strafbarem Handeln bestimmt und zu welcher Handlung er ihn bestimmt, ferner daß der andere die Tat rechtswidrig und vorsätzlich ausführen wird. Er muß die zum gesetzlichen Tatbestande der Haupthandlung gehörenden Tatumstände (§ 59) kennen, sofern sie nicht solche höchstpersönlichen Eigenschaften sind, welche die Strafbarkeit des Täters erhöhen oder vermindern (§ 50) oder sofern sie nicht ohne Rücksicht auf Verschulden eine schwerere Strafe begründen (erfolgsqualifizierte Delikte)[44]). Solche Tatumstände sind z. B. auch die etwa erforderliche besondere Absicht[45]) und die strafbegründende Gewohnheitsmäßigkeit[46]).

2. Zu der Erfolgsvorstellung kommt der Handlungswille. Aus ihrem Verhältnis zueinander und aus der Sicherheit der Vorstellung ergeben sich die verschiedenen Arten des Vorsatzes: Absicht, direkter Vorsatz, Eventualvorsatz[47]). Da die Handlung des Anstifters mit der Bestimmung des anderen abgeschlossen ist, die Kausalkette also nun ohne sein Zutun abläuft, ist die Vorstellung von der Gesamtwirkung der Anstiftertätigkeit, beginnend mit der Entschlußfassung, maßgebend. Aus dem gleichen Grunde genügt es jedenfalls, wenn der Anstifter sich die Betätigung des Entschlusses seitens des Angestifteten nur als möglich vorstellt.

---

[44]) M. E. Mayer 411. E. **59** 156 f. II 19. 3. 25.
[45]) E. **56** 171 ff. (172). I 10. 10. 21.
[46]) Frank VII zu § 180. E. **20** 12 ff. IV 15. 10. 89.
[47]) Liszt-Schmidt § 39 II 3.

Noch ein Zweites muß von vornherein festgehalten werden. Von direktem Vorsatz spricht man, wenn der Täter sich den Erfolg als sicher vorstellt. Eine solche Vorstellung ist nur begründet, wenn der Erfolg sich mit Notwendigkeit aus der gesetzten Ursache ergibt. Davon kann bei der Anstiftungstätigkeit keine Rede sein, weil sie nicht die causa proxima der Entschlußfassung ist, sondern der freie Wille eines Menschen dazwischen liegt. Insofern färbt, wie schon erwähnt, die Eigenart der Anstifterkausalität auf den Anstiftervorsatz ab. Es kommen daher nur Absicht und Eventualvorsatz in Betracht.

Die Frage, ob in bezug auf die Hervorrufung des Entschlusses Absicht erforderlich ist, also jene Vorsatzart, bei welcher die Vorstellung der Weckung des Entschlusses zum Beweggrund der Anstiftertätigkeit gemacht wird, ohne daß es auf die Sicherheit oder mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit des Taterfolgs ankommt, und die damit zusammenhängende schwierige Frage, ob Anstiftung auch dann vorliegt, wenn jemand „an sich Erlaubtes nur zu dem Zwecke äußert oder tut, um damit andere zur Begehung von Verbrechen zu bestimmen“ [48]), konnte nur auftauchen wegen der oft großen Inadäquanz der Motivationskausalität. Diese Fragestellung verwischt die Grenzen von Unrecht und Schuld. Alle Schuld setzt die objektive Rechtswidrigkeit des Handelns voraus [49]). Darum kann, was „an sich“ Recht ist, nicht durch „Schuld“ Unrecht werden. Zunächst muß demnach die Rechtswidrigkeit (Tatbestandlichkeit) [50]) des Setzens von Bedingungen für die Fassung eines verbrecherischen Entschlusses festgestellt werden. Denn wie das Gesetz für den Erfolg kausale Handlungen kennt, die außerhalb des Haupttatbestandes liegen — Anstiftung und Beihilfe —, so gibt es Verhaltungsweisen, die auch diesem erweiterten Tatbestande nicht mehr unterfallen. Die Tatbestandlichkeit bildet vor der Schuld das Korrektiv für die ins Unendliche führende Bedingungstheorie [51]). Das ist (in einer anderen Ebene) derselbe Gedanke, der auch der Theorie der adäquaten Ver-

---

[48]) Bar II 619 f.

[49]) Vgl. Mezger GS. **89** 250; Hegler Subj. Rechtswidrigkeitsmomente 298.

[50]) Tatbestandlichkeit und Rechtswidrigkeit decken sich, solange Rechtfertigungsgründe nicht in Frage stehen. Vgl. Mezger Vom Sinn 195.

[51]) Vgl. Beling Grundz. § 18 IV 8; M. E. Mayer Lehrbuch 141; Gerland Grundr. 191.

ursachung zugrunde liegt. Nach Traeger (167 f.) ist in den Fällen des absichtlich herbeigeführten Erfolges die adäquate Verursachung die äußerste Grenze der Verschuldensmöglichkeit. Zu beanstanden ist daran nur, daß die Adäquanz in das Gebiet der Verursachung gelegt wird statt in das der Rechtswidrigkeit.

Der Begriff des „an sich Erlaubten" ist bei Prüfung der Tatbestandlichkeit nicht verwertbar. Denn der Begriff der Erlaubtheit ist relativ. Im allgemeinen ist etwas verboten mit Rücksicht auf seine Wirkung. Der Jagdberechtigte darf „an sich" im Walde schießen; er darf es nicht, wenn auch nur wahrscheinlich Menschen in der Schußrichtung stehen. Schießen ist also unter Umständen eine „Tötungshandlung". Wer dagegen das Dach seines Hauses ordnungsmäßig mit Ziegeln decken läßt, handelt nicht rechtswidrig, selbst wenn er dadurch einem künftigen Wirbelwind Gelegenheit gibt, die Ziegel herunterzuwerfen und einen Menschen zu Tode zu treffen. Zwischen jenem Dachdecken und diesem Tode besteht kein adäquater Zusammenhang mehr. Dachdecken ist niemals eine Tötungshandlung. Es wird es auch nicht dadurch, daß es in der Absicht vorgenommen wird, auf die geschilderte Weise den Tod eines Menschen herbeizuführen.

Innerhalb des Naturkausalismus ist von der gesetzten Ursache (im strafrechtlichen Sinne) leicht auf die Wirkung zu schließen, die Adäquanz also unschwer festzustellen. Verbrecherische Entschlüsse aber haben ihren Ursprung häufig in Worten und Handlungen, die mit ihnen nur in einem entfernten inneren Zusammenhang stehen. Die Grenzen der Adäquanz müssen darum weitergesteckt werden; ganz verleugnen darf man sie auch hier nicht. Man wird sagen können: Zur Anstiftung muß mindestens verlangt werden eine Handlung, die nach ihrem konkreten Sinn generell geeignet ist, einen anderen zu einer in ihren allgemeinen Umrissen beschriebenen strafbaren Handlung zu bestimmen. Was darüber hinausgeht, ist (insoweit) immer erlaubt.

Auf die gewöhnliche Wortbedeutung kommt es also nicht an. Auch scheinbares Abraten hat zuweilen in concreto den Sinn seines Gegenteils; es ist darum wie die direkte Aufforderung ein generell geeignetes Mittel zur Anstiftung[52]). Wer einem Armen die letzte

[52]) Statt aller Frank II 1 zu § 48.

Hilfe verweigert und ihm den Rat gibt, sich beim Nachbar etwas zu holen mit dem deutlichen Unterton, er solle stehlen, der stiftet an. Fordert er ihn aber ernsthaft auf, sich beim Nachbar etwas auszuleihen, in der Voraussicht, dieser werde es nicht gutwillig geben und jener es sich gewaltsam nehmen, so liegt darin keine Anstiftung[53]). Denn diese Aufforderung, die so, wie sie klingt, auch befolgt werden soll, ist diesem konkreten Sinne nach, wenn auch vielleicht im gegebenen Falle, so doch generell zur Hervorrufung eines Raubentschlusses nicht geeignet. Sie ist keine „Anstiftungshandlung".

Zuweilen sind zur Begründung der Rechtswidrigkeit noch besondere Umstände erforderlich. Im Kreise von Kriminalbeamten darf man erzählen, daß die Villa des verreisten Bankiers X unbewacht sei und daß sich dort die wundervollste Gelegenheit zu einem Einbruch biete. Vor Verbrechern darf man es nicht[54]).

Nach Auffindung dieses rein objektiven Unterscheidungsmerkmals zwischen Erlaubtem und nicht Erlaubtem ist die Beschränkung des Anstiftervorsatzes auf die Absicht nicht mehr begründet. Notwendiger Vorstellungsinhalt des Anstiftervorsatzes ist das Bewußtsein der wenigstens möglichen generellen Eignung der gewollten Tätigkeit zur Weckung eines bestimmten verbrecherischen Entschlusses. Fehlt bei tatsächlichem Vorliegen der generellen Eignung dieses Bewußtsein oder ist es zwar vorhanden, vertraut jedoch der Handelnde darauf, daß seine Tätigkeit nicht zur Hervorrufung eines Verbrechensentschlusses führen werde, so ist höchstens Fahrlässigkeit gegeben. Zwischen Absicht und Fahrlässigkeit bleibt noch Raum für den Eventualvorsatz. Er liegt vor, wenn der Anstifter sich die generelle Eignung nur als möglich oder wenn er sich diese als sicher, die Entschlußweckung aber nur als möglich vorstellt und mit dem etwaigen Eintritt dieses Erfolges einverstanden ist oder ihn jedenfalls nicht ablehnt.

---

[53]) So wohl auch Kohler Studien I 81. A. A. Wolff 342.

[54]) So auch Kohler a. a. O., der aber daneben noch die Absicht verlangt, zur Tat zu bestimmen.

§ 12. Die Abgrenzung und Bestimmung des Anstiftungsbegriffs.

Im ersten der drei vorhergehenden Paragraphen haben wir den Oberbegriff der Anstiftung, im zweiten ihre objektiven, im dritten ein subjektives Merkmal aufgesucht. Wir können deshalb nunmehr versuchen, die Anstiftung von den übrigen Arten der gleichen Gattung abzugrenzen und im ganzen zu bestimmen.

Erfolgsverursachung wie die Anstiftung ist auch die Alleintäterschaft, die Mittäterschaft, die mittelbare Täterschaft und die Beihilfe. Ihr Wesen ergibt sich daher aus der klaren und deutlichen Erfassung ihrer Eigenschaften als Unterschiedsmerkmale gegenüber diesen Beteiligungsformen. Dabei stoßen wir auf den Gegensatz von objektiver und subjektiver Teilnahmetheorie. Ehe wir prüfen, welche von beiden dem Gesetz entspricht, ob mit anderen Worten zu den aufgefundenen Merkmalen noch weitere subjektive hinzukommen, erscheint es angebracht, uns auf ihren wesentlichen Inhalt zu besinnen.

Dem wirklichen Sachverhalt wird der Name nicht gerecht. Die (formal-) objektive Theorie geht, wie wir sahen, davon aus, daß die rechtliche Bewertung strafbaren Verhaltens unter dem Gesichtspunkte der Erscheinungsform des Verbrechens im Aufbau der gesetzlichen Tatbestände zum Ausdruck kommt. Wer den Haupttatbestand (rechtswidrig und schuldhaft) verwirklicht oder an seiner Verwirklichung beteiligt ist, ist Täter. Nimmt man nun mit M. E. Mayer, Mezger und Hegler neben den objektiven auch subjektive Unrechtselemente an und erkennt man weiter an, daß insoweit zwischen Unrecht und Tatbestand kein existentieller, sondern nur ein logischer Unterschied besteht[55]), so muß man auch die Erfüllung eines solchen subjektiven Tatbestandselements ohne sonstige Beteiligung am Tatbestand als täterschaftsbegründend ansehen[56]). — Neben den Tatbeständen hat das Gesetz noch einen zweiten, ganz der Innenwelt angehörenden Wertmaßstab. Es sind die Artunterschiede der entweder als Vorsatz oder als Fahrlässigkeit sich darstellenden Schuld.

Nach der subjektiven Theorie ist die Abgrenzung der Beteiligungsformen ohne das Merkmal der Willensrichtung nicht möglich,

---

[55]) Mezger ZStW. **42** 367 f.; Vom Sinn 195.

[56]) Mezger Vom Sinn 208; Hegler Subj. Rechtswidrigkeitsmomente 319 f. — Wer allerdings überhaupt keine Erfolgsbedingung setzt, kann sich natürlich auch nicht durch die tatbestandliche Absicht oder dergl. strafbar machen.

eines rein seelischen Vorgangs, der außerhalb der im übrigen nach der Unrechts- und Schuldseite bereits restlos bestimmten Tat liegt. Wenn z. B. jemand bei einem Diebstahl Wache steht und damit vorsätzlich den Erfolg verursacht, so macht der hinzutretende Umstand, ob er die Tat als eigene oder als fremde will, diesen Vorsatz zum Täter- oder Gehilfenvorsatz, diese Handlung zur Täter- oder Gehilfenhandlung[57]).

Sind nun die entscheidenden Unterschiedsmerkmale objektiven (im Sinne des eingebürgerten Sprachgebrauchs) oder subjektiven Vorgängen zu entnehmen? Der Gegensatz und seine Tragweite werden erst verständlich, wenn wir auf die subjektive Theorie und ihre Bedeutung für die Anstiftung näher eingehen.

Ihr Ausgangspunkt ist folgender: Wegen der objektiven Gleichwertigkeit jeder Einzelwirksamkeit mit jeder anderen kann durch jede beliebige Einzelwirksamkeit Urheberschaft oder auch Beihilfe begründet werden[58]). Das würde bedeuten: Wenn A den X erschießt, B ihn dazu bestimmt, C ihm die Waffe geliehen, D ihm einen Rat erteilt hat, so liegt in jeder dieser vier Tätigkeiten je nach dem Willen Urheberschaft oder Beihilfe oder bei schematischer Übertragung auf die Dreiteilung des Strafgesetzbuchs Täterschaft oder Anstiftung oder Beihilfe — ein absurdes Ergebnis.

Es wäre jedoch verfehlt, auf Grund einer so oberflächlichen Analogie zur Ablehnung der ganzen Lehre zu kommen. Eingangs dieses Paragraphen wurde bereits angedeutet, daß die subjektive Theorie keineswegs aus Gründen der Folgerichtigkeit gezwungen ist, nur das innere Merkmal der Willensrichtung anzuerkennen, da sie ja nur objektive Wertunterschiede, nicht auch objektive Seinsunterschiede bestreitet[59]). Dieses subjektive Kriterium, das die Anhänger der Dolustheorie nicht Interesse nennen wollen[60]) und das in Wahrheit doch nichts anderes ist als das Interesse an der Erfolgs-

---

[57]) Vgl. z. B. Buri Kausalität 1885 S. 40 f. Siehe auch Hegler a. a. O. 319 N. 5 („Schuldkolorierung").

[58]) Buri GS. **25** 238.

[59]) Damit ist noch nicht gesagt, daß sie diese gesetzliche Hervorhebung einer bestimmten Erscheinungsform durch objektive Merkmale auch erklären kann. Siehe unten.

[60]) Es geschieht trotzdem häufig genug. Siehe z. B. Buri Kausalität 1885, S. 65: „Realisierung eines selbständigen Interesses."

verwirklichung — im Augenblick des Handelns will jeder Handelnde seine Tätigkeit ja doch unbedingt —, ist auf eine Zweizahl von Beteiligungsformen zugeschnitten. Denn das Interesse ist immer selbständig oder unselbständig, bedingt oder unbedingt; ein Drittes gibt es nicht. Auch wer einen anderen zu einer Straftat bestimmt, kann dies so gut aus einem unbedingten eigenen Interesse an der Tat wie im Interesse des Beeinflußten tun[61]). Es gilt also, die Anstiftung in diese Alternative einzuordnen und sie, ohne gegen die Grundlagen der Lehre zu verstoßen, auf andere Weise von den sonstigen Formen der gleichen Willensbeschaffenheit abzugrenzen.

Auch die subjektive Theorie setzt die Möglichkeit, zwischen physischer und psychischer Tätigkeit zu scheiden, begrifflich voraus, eine Unterscheidung, die im Grunde auf den Gegensatz eigen — fremd hinausläuft. Denn für jedes Handeln sind körperliche und geistige Kräfte gleich wesentlich. Liegt nun „der Grund der Haftbarkeit der intellektuellen Kräfte für den Erfolg darin, daß sie durch Hinleitung der physischen Kräfte zu dem Erfolg ein Bestandteil desselben geworden sind, so kann es nicht weiter auf die Beschaffenheit dieser physischen Kräfte ankommen, ob sie insonderheit eigene oder fremde Kräfte sind“[62]).

Die subjektive Theorie setzt ferner die Tatbestände voraus, also auch die Möglichkeit, tatbestandliche Abweichungen (objektiver oder subjektiver Art) festzustellen. Solche bloßen Abweichungen bestehen z. B. zwischen einfachem und schwerem Diebstahl, Diebstahl und Raub, einfacher und schwerer Urkundenfälschung. Ja auch die Möglichkeit, den gleichen Tatbestand im Sinne Belings[63]) durch außertatbestandliche Momente in mehrere Verbrechensarten zu zergliedern (z. B. §§ 211, 212, 222), verkennt die subjektive Theorie nicht. Sie bestreitet nur, daß in der Verschiedenheit der Mitwirkung zum gleichen tatbestandlichen Erfolg (z. B. Wegnehmen von Sachen — Wache stehen) ein Grund für den absoluten Unterschied der Haftbarkeit liegt, weil in kognitiv-kausaler Beziehung jeder gleich viel zum Erfolge beigetragen hat. Wenn also die subjektive Theorie sich damit abfinden muß, daß die Ansicht Buris, es sei gleichfalls

---

[61]) So auch Buri Kausalität 1885 S. 65.

[62]) Buri Teilnahme 29.

[63]) Beling Grundz. § 15 II.

unerheblich, ob die fremden Kräfte zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Personen oder gar Tieren angehörten, nicht die unseres Gesetzes ist, so wird sie dadurch in ihrem Prinzip nicht berührt. Daß eine besondere Art der Mitwirksamkeit zum Erfolg tatbestandlich hervorgehoben ist, kann sie hinnehmen, ohne sich selber dadurch aufzugeben.

Dabei bleibt ihr jedoch die Entscheidung, aus welcher der beiden Grundformen der Beteiligung am Verbrechen, der mit selbständigem oder der mit unselbständigem Willen, diese Art der Mitwirksamkeit ausgeschnitten ist, nicht erspart. Wir sahen, daß die Frage verschieden beantwortet worden ist; in der älteren Zeit wurde die Urheberschaftsnatur der Anstiftung, in der jüngeren ihr Teilnahmecharakter mehr in den Vordergrund gestellt. Die aus dem Teilnahmecharakter gezogene Folgerung der Unterordnung des Anstifterwillens setzt sich jedoch in Widerspruch mit den Tatsachen des Lebens. Denn meistens hat gerade der Anstifter das größere Interesse an der Tat; er ist die treibende Kraft[64]). Was Schwarze (119) als den wesentlichen Unterschied zwischen Täter und Gehilfen feststellte, daß die Tätigkeit des Gehilfen erst durch den Täter veranlaßt, bestimmt worden und dieser in Wahrheit für jenen der Autor geworden ist, kann bei der Anstiftung nicht in sein Gegenteil verkehrt werden. Es ist eine Verschiebung des Ausgangspunktes, wenn das Wollen der Tat „als eigener" in Gegensatz gebracht wird zur Teilnahme an einer „fremden" Tat. Denn diese Willensrichtung soll bedeutsam sein als Schuldmoment und kann daher vorliegen auch bei einer Tat, die man in eigener Person nicht „begehen" will, deren Folgen man aber erstrebt[65]). Seine Verantwortlichkeit will der Anstifter dadurch nicht vermindern. Auch das Gesetz gibt durch die Gleichheit der Strafdrohung zu erkennen, daß es einen absoluten Schudunterschied nicht annimmt. Bei der Gegenüberstellung von Urheberschaft und Beihilfe lag es allerdings, wenn man die Willensrichtung zum Einteilungsgrund der Beteiligungsformen machte, nahe, auch die Akzessorietät subjektiv zu fassen und in dem Beitritt zum fremden Entschluß ihre Grundlage zu erblicken[66]).

---

[64]) So auch Beling ZStW. **28** 596.

[65]) Vgl. H. F. Bünger 115 f.

[66]) Das tut z. B. Schwarze 131, 3. Die Anstiftung betrachtet er deshalb in diesem Sinne als nichtakzessorisch.

Angesichts der Regelung auch der Anstiftung im Sinne akzessorischer Teilnahme erweist sich diese Auffassung jedoch als unhaltbar.

Will man darum überhaupt die subjektive Theorie anerkennen, so kann man dem Anstifter nur selbständigen Urheberwillen zusprechen. Dann ist es aber auch eine Forderung der Konsequenz, ihn mit Buri und Nagler vom intellektuellen Gehilfen nur durch dieses subjektive Kriterium zu unterscheiden, weil objektiv beide gleichwertige Bedingungen für den gleichen Erfolg gesetzt haben[67]). Unter Verwertung der von Buri gegenüber den Formen der Täterschaft angewandten objektiven Unterschiedsmerkmale wäre dann eine Abgrenzung in folgender Form möglich: Anstiftung ist jene intellektuelle Tätigkeit (Gegensatz: Alleintäterschaft, Mittäterschaft, physische Beihilfe), durch die jemand mit selbständigem Willen (Gegensatz: intellektuelle Beihilfe) in der Weise eine Bedingung für einen tatbestandlichen Erfolg setzt, daß er einen anderen bestimmt, die Tat vorsätzlich und mit selbständigem Willen (Gegensatz: mittelbare Täterschaft) auszuführen.

Aber auch diese Lehre ist unvereinbar mit dem Gesetz. Die besondere Regelung der Anstiftung ist nach ihr unverständlich. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz für den Veranlassenden einen Unterschied macht, je nachdem der andere mit selbständigem oder unselbständigem Interesse handelt. Zur Schaffung einer dritten Beteiligungsform fehlte darum das Bedürfnis. Die subjektive Theorie kann ferner über die Bedeutung der akzessorischen Natur der Teilnahme keine Auskunft geben. Die ihr angemessene Auffassung der Akzessorietät als Ausflusses der Unterordnung unter einen fremden selbständigen Willen widerspricht dem Anstiftungsbegriff. Ihre Auffassung als Anlehnung an einen Haupttatbestand befindet sich mit der subjektiven Theorie nicht im Einklang, da nach ihr alle Handlungen, die Erfolgsbedingungen setzen, tatbestandlich sind. Es gibt also keine Vor- und Nebenhandlungen, sondern nur Unterschiede in der Schuld. § 48 ist darum nicht nur überflüssig für die subjektive Theorie, er ist ihr auch in dieser Gestalt nicht homogen.

Gegen die subjektive Theorie sind noch zahlreiche weitere Gründe ins Feld geführt worden, die im einzelnen hier nicht wieder-

---

[67]) A. A. Schwarze 133, 6 a.

holt werden sollen[68]). Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß sie dem Motiv des Handelns eine durch nichts gerechtfertigte Bedeutung zumißt. Dabei kommt es aber nicht so sehr darauf an, daß es überhaupt zum Unterschiedsmerkmal gemacht wird (das geschieht z. B. auch bei der Vorsatzart der Absicht), sondern darauf, daß dieses sachlich nicht sehr bedeutsame Motiv einen absoluten Unterschied in der Haftbarkeit, in der Größe der Schuld so wenig wie der Gegensatz von Absicht und einfachem Vorsatz zu begründen vermag.

Die subjektive Theorie ist aber vor allem deshalb unhaltbar, weil ihre Grundvoraussetzung nicht zutrifft. Es ist nicht richtig, daß das Strafgesetzbuch aus der kausalen Gleichwertigkeit der Erfolgsbedingungen die grundsätzlich gleiche Haftbarkeit aller, die sie gesetzt haben, folgert. Es kommt auch äußerlich nicht nur auf das Was an, sondern auch auf das Wie. Wachestehen ist nicht Stehlen, mögen auch beide Tätigkeiten für den konkreten Erfolg gleich notwendig sein. Erst durch die Beteiligung am Tatbestand, etwa durch die Zueignungsabsicht, wird auch der Wachestehende oder der gar nur intellektuell Mitwirkende auf Grund des § 47 zum Dieb. Und wie die Beihilfe, so liegt auch die Anstiftung außerhalb des Tatbestandes. In den formal-objektiven Kriterien, die auch die subjektive Theorie anerkennt, ist auch der entscheidende, der normativ-teleologische Unterschied begründet.

Wenn wir daher abschließend die Anstiftung gegenüber den anderen Formen der psychischen Erfolgsvermittlung abgrenzen wollen, so weist uns die formal-objektive Theorie den Weg. Es liegt im Interesse einer folgerichtigen Entwicklung der Begriffsbestimmung, die Abgrenzung gegenüber der intellektuellen Beihilfe vorwegzunehmen.

§ 49 spricht von „dem" Täter und „dem" Verbrechen oder Vergehen. Er nimmt also beide als gegeben an, während nach § 48 der Anstifter „einen anderen" (unter Mitwirkung von dessen freiem Willen) zum Täter macht und die Tat hervorruft. Es ist danach richtig, daß die Beihilfe einen aus anderen Motiven entschlossenen Täter voraussetzt, daß nicht sie den Entschluß erst erweckt. Nur

---

[68]) Vgl. z. B. Forke 31 ff.; Beling Grundz. § 77 IV; Frank II vor § 47; H. F. Bünger 40 ff. und die dort angegebene Literatur.

darf man nicht daraus schließen, daß unter allen Umständen der Augenblick der Entschlußfassung Anstiftung und Beihilfe scheidet. Das lehren folgende Beispiele.

1. A ist von seinem Dienstherrn X entlassen worden und will sich an ihm rächen. Als X verreist ist, macht A den C darauf aufmerksam und beschreibt ihm genau die Örtlichkeit und die Möglichkeit zu einem Einbruch. Dieser läßt sich jedoch auf nichts ein. Acht Tage später kommt C mit dem gemeinsamen Bekannten B an dem Hause vorbei. Dieser weiß, daß X verreist ist, und um dem A einen Gefallen zu erweisen, redet er so lange auf den bis dahin völlig abgeneigten C ein, bis dieser sich entschließt, den Diebstahl auszuführen. Dabei macht er sich die ihm von A gegebenen Winke zunutze.

2. Derselbe Fall, nur daß A nicht im Sinne einer Begehung des Diebstahls auf C einwirkt, sondern ihm nur Hinweise gibt für den Fall, daß dieser einmal dort einbrechen will.

3. A bietet dem C für die Ausführung der Tat 40, B 60, C führt sie aber weder um der 40 noch um der 60, sondern nur um der 100 willen aus.

4. C ist bereit, die Tat für die 60 des B zu begehen, verschweigt dies aber dem A und nimmt auch die 40 an.

5. C ist, als B an ihn herantritt, durch die Einwirkung des A schon halb entschlossen oder hat seinen Entschluß schon halb wieder aufgegeben oder schwankt noch.

Wollen wir zu einer richtigen Beurteilung dieser Fälle kommen, so ist Erkenntnisgrundlage auch hier das Kausalprinzip im Sinne der condicio sine qua non. Wäre C ohne Mitwirkung des A oder des B nicht oder nicht so sicher zur Tat bestimmt worden oder hätte er ohne sie seinen Entschluß wieder aufgegeben, so ist (auch) A oder B Anstifter. Andernfalls liegt Beihilfe vor, wofern nur die entwickelte Tätigkeit überhaupt für den Erfolg kausal geworden ist. Der Gehilfenvorsatz ist als das Weniger im Anstiftervorsatz enthalten. Das Bedenken Buris und Birkmeyers, daß der Anstifter sich selbst bestimme und daß deshalb auf das Bestimmen nicht abgestellt werden könne, wird durch diese Lösung beseitigt.

Danach ist in dem ersten Beispiel B Anstifter, A Gehilfe. Ebenso ist im zweiten Falle zu entscheiden. Wird C schon durch

die Reden des A zur Tat bestimmt, dann ist objektiv Anstiftung, subjektiv möglicherweise eventueller Anstiftervorsatz gegeben. In dem dritten Beispiel sind A und B Anstifter, gleichviel, ob sie voneinander gewußt haben oder nicht. Denn die Mitwirkung des anderen müssen sie sich wie jede andere außer ihnen liegende Erfolgsbedingung anrechnen lassen[69]). Im vierten Beispiel ist B Anstifter. A fällt keine Anstiftung zur Last, da ihm die Hervorrufung des Entschlusses nicht gelungen ist und C ihn später ohne Rücksicht auf seine Einwirkung gefaßt hat. Wohl aber ist er insofern Gehilfe, als er durch die Hingabe des Geldes zur Erhaltung und Befestigung des Entschlusses beiträgt. Im fünften Beispiel ist die Lösung Tatfrage. Regelmäßig werden A und B Anstifter sein. Denn wenn C durch die Tätigkeit des A schon (noch) halb, aber noch nicht (nicht mehr) völlig entschlossen ist, so haben eben beide zur Entschlußweckung mitgewirkt. Anders, wenn C zwar fest entschlossen ist, aber noch mit der Ausführung zögert. Dann kommt die Einwirkung des B immer nur als Beihilfe in Betracht.

Der Zeitpunkt des Tätigwerdens hat hiernach grundsätzlich nur die Bedeutung, daß ein fest Entschlossener nicht mehr angestiftet werden kann. Man muß deshalb auf innere Unterschiedsmerkmale zurückgreifen. Nicht auf den Zeitpunkt der Beeinflussung kommt es an, sondern darauf, wann und auf welche Weise die Beeinflussung für den Erfolg wirksam geworden ist. Hat sie den Entschluß erst wachgerufen, so ist sie Anstiftung, andernfalls Beihilfe.

Man pflegt diesen Gegensatz mit den Ausdrücken „Veranlassung“ und „Förderung“ der Tat zu kennzeichnen. Förderung dürfte den Artunterschied der Beihilfe richtig wiedergeben. Dagegen ist der Begriff der Veranlassung, der zwar auch die Anstiftung umfaßt, zu weit. Man versteht darunter nicht nur die erstmalige Bestimmung zu einer Handlung, sondern auch die Auslösung einer von einem anderen schon geplanten Tat, überhaupt den äußeren Anlaß einer Handlung im Gegensatz zu ihren tieferen

---

[69]) E. **14** 92 ff. (95). II 16. 4. 86, **55** 78 ff. (80). FS. 21. 8. 20. Mit Beschränkung auf gemeinschaftliches Handeln: E. **13** 121 ff. (123). I 7. 12. 85; anscheinend auch E. **53** 189 ff. (190). III 6. 2. 19. — Wie hier auch Frank VII zu § 47; M. E. Mayer Lehrbuch 153 N. 3.

Ursachen. In diesem Sinne spricht man von der Veranlassung eines Krieges. Nach E. von Hartmann ist Veranlassung „eine Veränderung, die als letzte noch fehlende Bedingung hinzukommt, um einen sonst schon lange vollständigen Bedingungskomplex zur zureichenden Ursache zu ergänzen“ [70]).

Der Begriff muß daher eingeengt werden. Nach § 48 ist Anstiftung das „Bestimmen“ zu einer Tat, also Veranlassung durch Hervorrufung des Tatentschlusses.

Die Bestimmung eines anderen zu einem Verhalten hat die Anstiftung mit der mittelbaren Täterschaft gemein. Es bestehen aber auch tiefgreifende positiv-rechtliche Unterschiede.

Der mittelbare Täter ist zunächst „Täter“. Er muß daher den Haupttatbestand erfüllen, muß insbesondere die erforderlichen Tätereigenschaften besitzen. Anders der Anstifter, der in seiner Person nur Vorhandlungen begeht. Im übrigen können die Unterscheidungsmerkmale nicht dem Begriff der mittelbaren Täterschaft entnommen werden, weil sie gesetzlich nicht geregelt ist. Vielmehr ist von § 48 auszugehen.

Die Anstiftung ist Bestimmung zu haupttatbestandlichem Handeln. Innerhalb dieser Grenzen kann man einen anderen zu rechtmäßigem, schuldlos rechtswidrigem, fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten bewegen. Die Veranlassung rechtmäßiger Handlungen ist niemals strafbar [71]). Nur die Veranlassung vorsätzlich begangener Handlungen ist nach dem früher Ausgeführten Anstiftung im Sinne des § 48. Die übrigen Formen fallen unter den Begriff der mittelbaren Täterschaft.

Gegenüber der intellektuellen Mittäterschaft ergibt sich das gleiche negative Unterschiedsmerkmal wie gegenüber der mittelbaren Täterschaft: der Anstifter ist nicht Täter.

Denkbar ist schließlich noch die fahrlässige Veranlassung eines anderen zu einer Straftat. § 48 verlangt jedoch ausdrücklich Vorsatz als Anstifterschuld.

Wir haben demnach (neben der Beschränkung auf die Nichttäterschaft) folgende Begriffsmerkmale gefunden: Psychische Erfolgsvermittlung, Veranlassung durch Hervorrufung

---

[70]) Zitiert von Eisler-Roretz III 382.

[71]) A. A. Binding Handbuch 701, Grundr. 166.

des Tatentschlusses, vorsätzliche Haupttat, Vorsatz. Damit ist das Wesen der Anstiftung umschrieben. Ihre akzessorische Natur ist kein neues Begriffsmerkmal, sondern eine sich aus ihrem Wesen ergebende Eigentümlichkeit. Das Ergebnis läßt sich deshalb in folgende Sätze zusammenfassen:

Anstiftung im Sinne des § 48 StGB. ist jene Form psychischer Verursachung eines strafrechtswidrigen Erfolges, bei der jemand (ohne Beteiligung am Tatbestand der Haupttat) eine vorsätzlich begangene strafbare Handlung durch Hervorrufung des Tatentschlusses in einem anderen vorsätzlich veranlaßt. Als Erfolgsverursachung durch Veranlassung einer vorsätzlichen Haupttat ist sie (unbeschadet der subjektiven Zurechnung strafändernder persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse) auf diese bezogen und insofern extrem-akzessorische Teilnahme am Verbrechen.

Dritter Teil.

Folgerungen.

§ 13. Die Anstiftung Außenstehender zum Sonderverbrechen.

Die Frage, ob der sogenannte Außenstehende zum echten Sonderverbrechen gemäß § 48 anstiften kann, verneint Kohler Leitfaden 34 vom Standpunkte der Urheberschaftstheorie[1]). Umgekehrt entscheiden Hermes 26 (der Urheber ist strafbar vermöge des zur Begehung gewählten Mittels); Nagler 116 (die Anstiftung des Außenstehenden charakterisiert sich als intellektuelle Beihilfe, 148); Ibach 86 (der Anstifter nimmt die Natur des Täters in sich auf); Hippel II 481 ff. (der Anstifter hat die Verwirklichung des objektiven Deliktstatbestandes durch den Ausführenden einschließlich des Merkmals der strafbegründenden persönlichen Eigenschaft vorsätzlich mitverursacht). Durchweg bejaht wird die Frage auch von den Anhängern der akzessorischen Natur der Anstiftung, meist allerdings lediglich auf Grund eines Umkehrschlusses aus § 50. Nur vereinzelt geht man näher auf das Problem ein, so Hecker 129, 136; Birkmeyer Teilnahme 169 f.; Beling L. v. V. 425.

Das Gesetz gibt unmittelbar für die Beantwortung der Frage keinen sicheren Anhalt[2]). Mit dem argumentum e contrario aus § 50 ist sie nicht entschieden. Allerdings beschränkt das Gesetz durch diese Bestimmung in den Fällen, wo persönliche Umstände qualifizierender oder privilegierender Art zur Schaffung eines neben dem ordentlichen stehenden außerordentlichen Strafrahmens geführt haben, die Akzessorietät auf die Abhängigkeit von dem Grunddelikt. Das berechtigt zu der Folgerung, daß dort, wo die persönliche Beziehung unentbehrliches (konstitutives) Element

---

[1]) Ebenso Schwarze 141, der eine der Urheberschaftstheorie innerlich verwandte Meinung vertritt.

[2]) Vgl. dazu Nagler 96 ff.

des Grundtatbestandes selbst ist (sog. „strafbegründende" Eigenschaften und Verhältnisse), das Akzessorietätsprinzip voll in Geltung bleiben soll — es sei denn, daß sich aus tieferliegenden Gründen die Straflosigkeit des Außenstehenden ergibt. Diese Frage muß also zunächst geprüft werden. Die Akzessorietät kann, wie Nagler (110) mit Recht hervorhebt, erst da in Betracht kommen, wo die Verantwortlichkeit des Teilnehmers überhaupt bereits entschieden ist. Das entspricht durchaus dem oben gefundenen Anstiftungsbegriff, wonach der Anstifter aus eigener Schuld wegen der Herbeiführung des Erfolges der Haupttat haftet. Denn Schuld setzt ein „Unrecht", ein „Sollen" voraus, sie ist „die persönliche Vorwerfbarkeit begangenen Unrechts"[3]). Auch der Anstifter muß daher eine ihn bindende Norm des Besonderen Teils oder eines Nebengesetzes übertreten, um strafbar zu werden[4]).

An wen richtet sich nun die Norm des Sonderverbrechens, z. B. des Beamtendelikts? Nach Beling[5]) nur an den Beamten; die Rechtswidrigkeit der Teilnahme besteht darin, „daß zu fremdem rechtswidrigen Tun ein Scherflein beigetragen wird". Auch Nagler erblickt das Wesen des Sonderverbrechens darin, daß die Rechtsordnung ihre Ge- und Verbote nur für bestimmte, näher bezeichnete Personengruppen aufstellt (113). Er nimmt jedoch daneben eine „allgemeine Tendenz" dieser Vorschriften an, zugleich jede Mitwirkung bei einem tauglichen verbrecherischen Unternehmen zu untersagen (115). Darauf gründet sich eine „sekundäre Haftung", eine „sekundäre Gehorsamspflicht" der Außenstehenden (114).

Nagler kommt damit der Lösung nahe. Doch bedarf es noch einer näheren Begründung der Geltung der Sondernorm auch für den Außenstehenden, die Nagler lediglich der „Natur der Sache" entnimmt (116). Sie ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der echten und unechten Sonderdelikte und der Aufsuchung der geschützten Interessen. Bleiben wir beim Beispiel des Amtsverbrechens.

Daß die allenfalls durch ein Amtsverbrechen herbeigeführte Verletzung privater Verhältnisse nur sekundäre Bedeutung hätte,

---

[3]) Mezger GS. **89** 250. Liszt-Schmidt § 36 III 3.

[4]) Das scheint selbst Freudenthal 106 N. 1 anzunehmen.

[5]) L. v. V. 425 f. Gleicher Meinung sind auch Kohler GA. **55** 10; Höpfner ZStW. **22** 209.

kann Gerland[6]) nicht zugegeben werden. Es wäre dann nicht zu verstehen, daß diese privaten (oder auch öffentlichen) Belange den Strafrahmen so maßgebend beeinflußt haben. Bei den unechten Beamtendelikten tritt die Beamteneigenschaft unverkennbar als bloßer Straferhöhungsgrund hervor. Darum konnte der amtliche Entwurf (S. 69) auch die besonderen Vorschriften über einige von ihnen aufgeben, „da die weiteren Strafrahmen, die der Entwurf bei diesen Vergehen überhaupt vorsieht . . ., dem Richter hinreichenden Raum gewähren, um die durch die Beamteneigenschaft . . . begründete erhöhte Strafwürdigkeit zu berücksichtigen". Es heben sich also deutlich zwei Arten von Interessen voneinander ab: das schon durch das Grunddelikt zum Rechtsgut erhobene und das der guten Staatsverwaltung.

Wesentlich anders ist es auch nicht bei den echten Sonderdelikten. In der Wahl der geschützten Interessen: Rechtspflege; Ehe; Freiheit, Leben und Ehre der Staatsbürger; Zuverlässigkeit der öffentlichen Urkunden usw. liegt nichts Besonderes. Sie sind durchweg auch gegen unmittelbare Angriffe aller geschützt, mögen diese auch anderer Art sein und daher zur Bildung von (nicht allein, wie bei den unechten Sonderverbrechen, bezüglich der modalen Bestimmtheit des Subjekts) abweichenden Tatbeständen geführt haben.

Ein lehrreiches Beispiel ist das Rechtsgut der Ehe. § 338 schützt es gegen einen Angriff durch Herbeiführung einer Doppelehe seitens des zur Mitwirkung bei der Eheschließung Berufenen, § 171 gegen den gleichen Angriff seitens der Außenstehenden. Beide Bestimmungen verfolgen also denselben Zweck, nur daß § 338 in dieser allgemeinen Fassung sinnlos wäre, weil eben nur der Standesbeamte mit rechtlicher Wirkung eine Ehe „schließen" kann. Wie nahe verwandt beide sind, zeigt wieder der Entwurf, der den § 338 StGB. nicht aufgenommen hat, weil die Bestrafung des Standesbeamten „aus dem Gesichtspunkt der Teilnahme an dem Verbrechen der Doppelehe (§ 278) genügend gesichert" ist[7]). Ähnlich ist die Rechtspflege durch das Verbot der Rechtsbeugung vor Verletzungen durch den Richter, durch das Verbot des falschen Par-

---

[6]) Grundriß 265 f. Siehe dagegen Liszt-Schmidt § 178 I.

[7]) A. E. 1925 S. 69.

tei- und Zeugeneides vor unmittelbaren Verletzungen durch andere geschützt.

Hier wie bei allen Sonderverbrechen des Strafgesetzbuchs und seiner Nebengesetze handelt es sich um allgemein bekannte Einrichtungen des Staates und Grundrechte der einzelnen, Güter also, die in ihrem Wert und ihrer Schutzwürdigkeit deutlich im Bewußtsein aller stehen. Wollte das Gesetz sie nur insoweit gegen Angriffe Außenstehender sichern, als diese sie auch unmittelbar verletzen können, so läge darin eine unerklärliche Einseitigkeit. Schon dem ursprünglichen Rechtsempfinden scheint es unannehmbar, wenn der, welcher das Brautpaar zur Eingehung der Doppelehe anstiftet, mit Zuchthaus bestraft wird, während der, welcher den bei dem gleichen Akt mitwirkenden Standesbeamten zu eben dieser Mitwirkung bestimmt und dadurch genau wie in dem ersten Falle bewußt eine Doppelehe herbeiführt, nichts Strafbares getan haben soll — bloß weil jeder Volljährige eine Ehe eingehen, nur der Standesbeamte dagegen eine Ehe „schließen" kann. Kohler[8]) wendet ein, wenn man z. B. annehmen wollte, daß die Rechtsprechung auch einem Nichttäter als beeinflußbares Rechtsgut gegenüberstünde, dann müßte ja auch in der Herbeiführung eines falschen Urteils durch Täuschung des Richters (etwa durch unwahre Aussagen einer Partei) oder durch Diktat in die Feder eines unauffällig geisteskranken Richters eine Rechtsbeugung erblickt werden. Dabei wird jedoch übersehen, daß das Beamtendelikt Mißbrauch der Staatsgewalt durch ihren Träger ist[9]). Diese begriffliche Zuspitzung des Tatbestandes entspricht dem Sinne der Rechtswidrigkeitserklärung: der Richter soll kein Recht beugen. Es ist ein Widerspruch in sich, daß ein Nichtrichter das Recht „beugen" könnte. Mehr aber besagt § 336 nicht. Er schützt die Rechtspflege, nicht die materielle Richtigkeit des Urteils. Über das Verbot der unwahren eidlichen Aussage hinaus sind der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß und dem Verteidigungsrecht des Angeklagten durch das Strafrecht keine Schranken gesetzt.

Die Norm der Beamtendelikte hat somit als Bewertungsnorm Geltung für alle; als Bestimmungsnorm richtet sie sich zwar mit

---

[8]) GA. **55** 10.

[9]) Gerland Grundr. 265.

besonderem Nachdruck an die Amtsträger, aber auch an die übrigen Untertanen. Das Wesen des echten Sonderverbrechens liegt, wenn man einmal von der im Interesse der Staatsverwaltung wie des einzelnen gesteigerten Pflicht des Beamten zu rechtmäßigem Handeln absehen will, nicht im Geltungsbereich seiner Norm, sondern in seiner tatbestandlichen Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis. Oder anders ausgedrückt: die vor den Sonderverbrechen geschützten Interessen sind unmittelbaren Angriffen Außenstehender nicht entzogen wegen ihrer Eigenart, sondern wegen der besonderen Form der verbotenen Angriffe. Gewiß braucht nur der Vollkaufmann Bücher zu führen[10]); aber jedermann ist verpflichtet, den strafrechtlich sanktionierten Befehl: Der Vollkaufmann soll Bücher führen, zu achten. Wenn man will, kann man dies eine sekundäre Gehorsamspflicht nennen. Nur darf man nicht übersehen, daß es sich um eine einheitliche Norm handelt, die sich an alle richtet, nur unmittelbar nicht von allen übertreten werden kann[10a]).

Um eine solche Übertretung möglich zu machen, bedarf es vielmehr der Erweiterung des Tatbestandes auf den Außenstehenden. Man braucht dazu also nicht künstliche und unpsychologische Konstruktionen wie die Annahme, daß der Anstifter die Natur des Täters in sich aufnehme oder seine Strafbarkeit fremder Schuld entlehne. Es handelt sich lediglich um den natürlichen Vorgang, daß ein Tatbestand, der wegen der besonderen Beziehungen eines bestimmten Personenkreises zum Rechtsgut gebildet ist und darum in bezug auf seine unmittelbare Verwirklichung begrifflich auf diesen Personenkreis beschränkt bleiben mußte, im Hinblick auf anders geartete Verursachungen des gleichen Erfolges auf alle Rechtsunterworfenen ausgedehnt wird. Dies tut § 48. Der Rahmentatbestand der Anstiftung schließt den Haupttatbestand mitsamt dem tauglichen Subjekt in sich ein. Darum kann auch der Außenstehende zum Sonderverbrechen anstiften. Daß er bei den reinen Beamtendelikten der schwereren gegen den Beamten gerichteten Strafdrohung unterliegt, beruht auf einer Lücke im Gesetz, dessen Redaktion auch sonst die letzte Feile vermissen läßt. Hier muß die Strafzumessung nach Möglichkeit ausgleichend wirken. Zu einer

---

[10]) § 240 Ziff. 3 KO. und dazu Beling a. a. O.

[10a]) Richtig Bar II 657 f.; Hippel II 482.

Änderung der Strafrahmen bietet das Gesetz keine Handhabe.

Ob die Militärverbrechen den übrigen Sonderverbrechen gleichstehen, ist streitig. Meist wird angenommen, daß auch bei ihnen die Teilnahme Außenstehender möglich ist[11]). Gerland stützt die Strafbarkeit allein auf §§ 48, 49 StGB. Hecker und Olshausen verweisen besonders auf die allgemeine Fassung des § 2 MilStGB. und auf das praktische Bedürfnis, dem die §§ 112, 141 f. StGB. nicht genügten. Gerade mit Rücksicht auf diese Bestimmungen des Strafgesetzbuchs wird die Möglichkeit von anderen verneint[12]). M. E. Mayer führt weiter an, daß das Militärstrafgesetzbuch sein Anwendungsgebiet ausdrücklich bestimmt und nicht auf Zivilpersonen ausgedehnt hat. Romen und Rissom nehmen außerdem Bezug auf das preußische Strafrecht, unter dessen Herrschaft trotz wesentlich gleicher Regelung der Teilnahme eine Teilnahme von Zivilpersonen an Militärverbrechen nicht für möglich erachtet wurde.

Ihre Strafbarkeit kann auf § 2 MilStGB. jedenfalls nicht gestützt werden. Denn er erweitert nicht den Herrschaftsbereich des Gesetzes, sondern erspart lediglich die nochmalige Wiederholung der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs[13]). Umgekehrt beschränkt § 4 MilStGB. den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes auf „Militärpersonen", und selbst für den Kriegsfall wird er durch § 155 nur auf jene Personen ausgedehnt, die sich bei dem kriegsführenden Heere aufhalten oder ihm folgen. Das Militärstrafgesetzbuch will demnach im allgemeinen für Zivilpersonen keine Pflichten begründen. Das entspricht auch der Eigenart der Militärverbrechen, soweit sie nicht unechte Sonderdelikte sind. Sie bedrohen meist ein Verhalten mit Strafe, das die Verletzung spezifisch militärischer, dem Nichtsoldaten fernliegender Anforderungen enthält. Die hauptsächlichsten Ausnahmen haben besondere Berücksichtigung gefunden: die Kriegsgesetze (§ 9 MilStGB.) in §§ 155 ff. MilStGB. und einzelne andere Strafvorschriften in §§ 112, 141, 142 StGB.

---

[11]) Vgl. Nagler 116; Hecker 136 f.; Olshausen 10 vor § 47; Liszt-Schmidt § 53 II 2; Allfeld 209; Lobe Leipz. Komm. 3 zu § 48; Gerland Grundr. 143 N. 2; E **38** 417 ff. V 24. 4. 06 und die dort angeführten Entscheidungen.

[12]) Koppmann-Weigel 9 vor § 47; Frank IV 1 vor § 47; M. E. Mayer 412; Romen und Rissom 9 zu § 47; Merkel Anstiftung und Beihilfe 142.

[13]) Vgl. Koppmann-Weigel 9 A vor § 47.

In den übrigen Fällen fehlt es, wie sich aus der Gesamtheit dieser Momente ergibt, an einer die Zivilpersonen verpflichtenden Norm. Sie können daher nach dem eingangs Ausgeführten auch nicht vermöge der §§ 48, 49 StGB. straffällig werden.

§ 14. Die Anstiftung zu mehreren strafbaren Handlungen.

Zu eigenartigen Folgerungen kommt Birkmeyer Teilnahme 180 ff. auf Grund seines Akzessorietätsbegriffs in der Frage der einheitlichen Anstiftung zu einer Mehrheit von Verbrechen desselben oder verschiedener Täter. Juristisch sind dann, so meint er, so viel Teilnahmehandlungen wie Verbrechen vorhanden, und je nachdem diese in Ideal- oder Realkonkurrenz stehen, ist auch die Mitwirkung des Anstifters nach § 73 oder nach § 74 zu bestrafen (181).

Das ist auch die Ansicht des Reichsgerichts[14]). Die Anwendbarkeit des § 73 verneint es bei Realkonkurrenz der Haupttaten deshalb, „weil die Anstiftung für sich allein betrachtet ein indifferenter Art ist und kein Strafgesetz verletzt, unter ‚Handlungen' in den §§ 73 ff. StGB. aber strafbare Handlungen zu verstehen sind"[15]). Das Reichsgericht erblickt hiernach in der Anstiftung in erster Linie die Verursachung der verbrecherischen Tätigkeit eines anderen durch Einwirkung auf dessen Willen, etwa so, wie nunmehr dieser Wille die eigene Tätigkeit verursacht. Die Beeinflussung des Täters wirkt jetzt nicht nur im Sinne des Ablaufs der Kausalkette in dessen Willensbetätigung fort, sondern es ist so anzusehen, als ob er selbst noch aktiv an ihr beteiligt wäre. Die Haupttat ist also auch seine Tat. Man erkennt hier Schützesche Gedankengänge, freilich ohne die der Rechtsprechung fremde Lehre vom „Mitschuldanteil".

Die gleiche Auffassung vertreten (ohne nähere Begründung) ferner: Rüdorff-Stenglein 19 zu § 48; Borchert 51; Merkel 147, 6; Schwartz 1 b zu § 48. — Bauer 113 ff. (115) nimmt nur dann Realkonkurrenz an, wenn der Teilnehmer an eines Täters Handlungen teilgenommen hat, deretwegen dieser in Realkonkurrenz gestraft

---

[14]) Vgl. die oben S. 31 unter 4 mitgeteilten Entscheidungen.

[15]) E. 5 227 ff. (229).

wird. Im Falle der Anstiftung zu selbständigen Delikten mehrerer Personen will er also offenbar ebensoviele Anstiftungen, wie Haupttaten da sind, einzeln strafen. Weiter kann man kaum noch gehen, wie denn überhaupt der unglückliche Akzessorietätsbegriff im Sinne der Aneignung fremder Schuld in seiner Unhaltbarkeit nicht deutlicher hervortreten kann als in den Folgerungen, die Bauer in seiner Abhandlung daraus zieht[16]). Stoll 54 f. hält grundsätzlich die Annahme von Realkonkurrenz für richtig, entscheidet sich aber aus Billigkeitsgründen für die gegenteilige Ansicht (Idealkonkurrenz).

Diesen in der Tat, wie auch Bauer annimmt, allein der Billigkeit entsprechenden Standpunkt gewinnt man ohne Preisgabe von Grundsätzen aus dem oben entwickelten Akzessorietätsbegriff. In dieser Frage scheiden sich deutlich die beiden Theorien, die wir mit den Ausdrücken „Schuldzusammenhang" und „Tatbestandszusammenhang" gekennzeichnet haben. Allerdings kommen für die Zusammenfassung zur Tateinheit solche Handlungen nicht in Betracht, die keinem Tatbestand unterfallen, also nicht rechtswidrig sind[17]). Denn sie sind überhaupt nicht mit Strafe bedroht, brauchen also auch nicht zum Zwecke angemessener Bestrafung in eine als Einheit gewertete Tat einbezogen zu werden. Zuzugeben ist ferner, daß die Anstiftung eine straflose Vorbereitungshandlung ist, solange nichts weiter geschieht als die Fassung eines verbrecherischen Entschlusses. Das bedeutet aber nicht, daß die Anstiftertätigkeit dem Recht gleichgültig, daß sie ein „strafrechtlich indifferenter Akt" wäre. Im Gegenteil, sie ist die Willensbetätigung, für die der Anstifter nach § 48 bestraft wird, wenn sie nur über das Stadium der Entschlußfassung hinaus wirksam geworden ist. Sie ist als Erfüllung des Anstifteranteils am Rahmentatbestand, der ja doch nur der erweiterte (vorsätzlich verwirklichte) Verbrechenstatbestand ist, ein strafbares Handeln so gut wie das des Mittäters, wenn es auch „für sich betrachtet", losgelöst aus dem Gesamttatbestand, keine „strafbare Handlung" ist. Anstiftung und Haupttat zeigen zusammen ein ähnliches Bild wie die Mittäterschaft durch aufeinanderfolgende Handlungen, namentlich bei zweiaktigen Verbrechen; z. B. A stellt die falsche Urkunde her, B macht zum Zwecke der Täuschung von

---

[16]) Siehe auch Bauer 76.

[17]) Frank I zu § 74; Beling Grundz. § 82 II 3.

ihr Gebrauch. Nur ergibt sich die Zerlegung nicht aus der Teilung, sondern aus der Ausdehnung des „Tatbestandes". Man darf sie aus diesem Zusammenhang so wenig herausnehmen und für sich betrachten, wie die durch den einen Mittäter vorgenommene fälschliche Anfertigung der Urkunde aus dem Tatbestande der Urkundenfälschung.

Die Anstiftertätigkeit ist demnach eine rechtserhebliche, eine unter dem Gesichtspunkte des Strafausdehnungsgrundes tatbestandliche, rechtswidrige Handlung. Sie ist also eine „Handlung" im Sinne des § 73. Veranlaßt nun jemand durch eine einzige Gedankenäußerung einen anderen oder mehrere andere zu mehreren gleichartigen oder ungleichartigen, nicht in Tateinheit stehenden Handlungen, so führt er durch die eine Willensbetätigung mehrere tatbestandliche Erfolge herbei. Die „Einheit der Willensbetätigung"[18]) ist aber einer der Gründe für die Annahme von Handlungseinheit (§ 73 „eine und dieselbe Handlung") und damit, auch bei Verletzung mehrerer Strafgesetze, Tateinheit (Idealkonkurrenz). Die Sache liegt nicht anders, als wenn durch einen Schuß mehrere Personen verletzt werden oder eine Sache beschädigt und eine Person verletzt wird[19]).

Ja auch der Begriff der „natürlichen Handlungseinheit"[20]) kann in diesem Zusammenhang Bedeutung gewinnen. Von natürlicher Handlungseinheit spricht man, wenn eine Mehrheit von Willensbetätigungen den gleichen konkreten Tatbestand erfüllt. Unterfällt sie zugleich einem anderen Tatbestand, so treten beide Delikte in Idealkonkurrenz. Da nun die Tätigkeit des Anstifters erst mit der Entschlußweckung beendet ist, so macht es keinen Unterschied, ob er auf den einen oder die mehreren (gleichzeitig beeinflußten) Täter nur einmal oder verschiedene Male in demselben Sinne eingewirkt hat, um sie zu den ihnen angesonnenen Verbrechen zu bestimmen. Alle diese Willensbetätigungen bilden wegen ihrer Richtung auf denselben „näheren Erfolg" der Anstiftung, die Hervor-

---

[18]) Liszt-Schmidt § 54 II, III 1.

[19]) Übereinstimmend Paul Bünger ZStW. **8** 714 f.; Liszt-Schmidt § 52 III 2; Olshausen 19 zu § 73; Frank III 3 a zu § 73; Beling Grundz. § 84 IV; Wachenfeld 191; Lobe Leipz. Komm. S. 92 d; 4 zu § 48. — Kohler Studien I 116; Hippel II 466.

[20]) Frank I zu § 74; Liszt-Schmidt § 54 III 2.

rufung des verbrecherischen Entschlusses, eine natürliche Handlungseinheit. Die Ausführung der einzelnen Delikte macht alsdann diese einheitliche Handlung zum Bestandteil mehrerer Rahmentatbestände, die nunmehr für den Anstifter ideell miteinander konkurrieren.

§ 15. Die Anstiftung des notwendigen Teilnehmers und verwandte Fälle.

Die allgemeine Vorschrift, daß der Anstifter oder Gehilfe zu fremder Tat als Teilnehmer haftet, erleidet gewisse Ausnahmen aus dem Charakter der Einzelnorm. Über ihren Umfang herrscht Streit. Kries, der die Frage zuerst eingehender behandelt hat, unterscheidet drei Gruppen von Fällen[21]).

1. Personen, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, können nicht wegen Teilnahme an seiner Übertretung bestraft werden.

2. Personen, die bereits (strafbar oder straflos) als Täter oder anderweit in schwererer Form an einer Straftat beteiligt sind, können nicht als Anstifter oder Gehilfe bei einer strafbaren Handlung mitwirken, die materiell als Teilnahme an jener Straftat erscheint und nur formell zum selbständigen Delikt erhoben ist.

3. Personen, die nach der Fassung und dem Zusammenhang des Gesetzes straflos bleiben s o l l e n, dürfen auch aus dem Gesichtspunkt der Teilnahme nicht bestraft werden.

Der erste dieser drei Sätze ist allgemein anerkannt[22]). Im übrigen gehen die Ansichten auseinander. Auch in der Einteilung der Fälle bestehen vielfach Abweichungen. Seinen Grund hat das darin, daß die drei Kriesschen Sätze die Einheitlichkeit des Gesichtspunktes vermissen lassen. Der erste stützt sich auf ein gesetzgeberisches Motiv, der zweite auf einen (entsprechend anzuwendenden) Grundsatz der Teilnahmelehre, der dritte ganz allgemein auf den Willen des Gesetzgebers.

---

[21]) ZStW. **7** 527, 534, 546. Eine vierte, mit der dritten verwandte Art siehe S. 557. Über Kries und die sonstige Literatur und die Rechtsprechung vgl. Freudenthal 86 ff.

[22]) Vgl. Frank V 2 vor § 47; E. **18** 273 ff. (281). II 27./30. 11. 88.

Dieser dritte Satz bezeichnet damit den für unsere Frage allein in Betracht kommenden Erkenntnisgrund[23]). Alle diese Fälle haben gemein, daß nach dem gesetzlichen Tatbestand der betreffenden Verbrechen bestimmte Personen von der Strafdrohung unberührt bleiben. Häufig ist dabei die Mitwirkung dieser Personen bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung zur Erfüllung des Tatbestandes notwendig (z. B. §§ 184 Ziff. 1, 2 [Verkauf und Überlassen], 301 ff., 331 StGB.; 241, 343 KO.; 270 PrStGB.). Aber neben diesen Fällen der sogenannten notwendigen Teilnahme[24]) stehen auch andere, bei denen die Mitwirkung der betreffenden Personen nur den Regelfall bildet (z. B. §§ 120, 121, 347, 173 Abs. 4, 174, 180, 181, 221, 235, 237, 257 StGB.) oder die sogar umgekehrt auf die (Allein- oder Mehr-) Täterschaft Dritter zugeschnitten sind (z. B. § 164 StGB.).

Unstreitig bleibt wegen der Einseitigkeit der Strafdrohung der andere mindestens so lange straflos, als er sich im Rahmen der notwendigen Teilnahme hält bezw. die Tätigkeit des einen nur duldet. Welche Gründe für die Straflosigkeit in Betracht kommen, wird erst erheblich, wenn über den Willen des Gesetzes Zweifel bestehen. Im Widerspruch mit dieser Auffassung legen einige auf die Motive das Hauptgewicht und räumen ihnen nur in einem Falle, dem des Schutzgesetzes, Wirksamkeit auch gegenüber der fakultativen Teilnahme ein. Sonst halten sie den Schluß von der Straflosigkeit der notwendigen Mitwirkung oder Duldung auf die Straflosigkeit der Anstiftung und Beihilfe zu der Tätigkeit des mit Strafe Bedrohten für unzulässig. Sie sehen in der Teilnahmetätigkeit ein über die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes, deren Straflosigkeit hingenommen werden muß, hinausgehendes strafbegründendes Mehr, und zwar aus zwei verschiedenen Erwägungen.

Nach Beling haftet der Anstifter wegen der Benutzung eines strafbaren Mittels. „Wer der Unzucht nachgeht oder seine eigene Befreiung aus der Gefangenenanstalt betreibt, wird nicht bestraft. Bedient er sich dabei aber des strafbaren Tuns dritter Personen, so wählt er ein strafbares Mittel“[25]). Auch Coenders (213 ff.) kommt

---

[23]) Siehe auch Freudenthal 97 f., 121.

[24]) Ihre in enger Anlehnung an § 35 MilStGO. gegebene Begriffsbestimmung siehe Freudenthal 100. Ihm zustimmend Frank V 1 vor § 47.

[25]) Beling ZStW. **18** 271 ff. Siehe auch L. v. V. 438 f.

auf Grund seiner Auffassung vom Anstifterunrecht als der Erzeugung bewußter verwerflicher Handlungen zu diesem Ergebnis.

Das Reichsgericht begründet seine Auffassung mit der akzessorischen Natur der Anstiftung[26]). „Der Gefangene, welcher eine andere Person anstiftet, ihn zu befreien oder ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein, ist dadurch nicht strafloser Teilnehmer an einer für ihn straflosen Handlung, sondern begeht mittels Anstiftung eine von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene, selbständige strafbare Handlung, wird Ursache einer selbständigen Straftat einer anderen Person, nämlich des Vergehens des § 120 StGB."[27]). Die bloße Annahme der Begünstigung gemäß § 241 KO. (n. F.) ist als notwendige Teilnahme straflos. „Dagegen liegt kein Grund vor, auch dann eine Ausnahme für gegeben anzunehmen, wenn der Gläubiger über jene gewissermaßen passive Rolle hinausgegangen ist und eine weitere Tätigkeit, z. B. durch Anstiftung des Schuldners zu dem Vergehen des § 211 KO. entwickelt hat"[28]). Diese Meinung hat Zustimmung gefunden bei Olshausen 9 a vor § 47; van Calker 63; Lobe Leipz. Komm. S. 13. Besonders deutlich ist Bauer (119): „Hätte der Teilnehmer eigene Schuld, so würde man auch die Besonderheit seines Verhältnisses zur Norm berücksichtigen können; weil er aber akzessorisch gestraft wird, also allein die Schuld des Täters maßgebend ist, deshalb muß er sich, wie dieser, straffällig machen." Das ist auch der Gedankengang von Stoll 72 N. 1.

Beide Ansichten stützen sich hiernach unter Außerachtlassung der Einzelnorm in erster Linie auf die Teilnahmebestimmungen. Beling und Coenders nehmen an, daß § 48 (neben der unselbständigen) eine selbständige Norm enthalte. Diese Lehre mußten wir als mit dem Gesetz unvereinbar zurückweisen. Die Anstiftung ist nicht als Mittel strafbar, sondern als (psychisch vermittelte) Erfolgsverwirklichung. Wer einen anderen zu seiner Befreiung anstiftet, verletzt damit kein anderes Interesse als der, welcher sich selbst befreit oder bei seiner Befreiung mitwirkt: das staatliche Haftrecht. Der Konkursgläubiger, der die Begünstigung nicht bloß annimmt,

---

[26]) So neuerdings ausdrücklich in E. **59** 34 f. (35), **61** 31 ff. (32). Vgl. im übrigen die oben S. 32 f. unter 5 mitgeteilten Entscheidungen.

[27]) E. **3** 140 f. (141).

[28]) E. **5** 435 ff. (437).

sondern auch den Schuldner zu ihrer Gewährung bestimmt, geht damit allerdings über die begrifflich notwendige Teilnahme hinaus; aber dieses Mehr bildet doch nur die Zwischenstufe zu dem gleichen praktischen Ergebnis: der Annahme der Sicherung und Befriedigung.

Anders das Reichsgericht. Es verkennt nicht, daß die Anstiftung strafrechtlich nur eine (besonders geartete) Übertretung der Einzelnorm ist. Aber es geht (von den Schutzgesetzen abgesehen) nicht auf ihre Beziehungen zum Anstifter ein, sondern läßt es dabei bewenden, daß der Angestiftete sich strafbar gemacht hat. Der Gefangene, der den anderen zu seiner Befreiung bestimmt, verursacht damit eine außerhalb seiner Person liegende selbständige strafbare Handlung, ist aus dieser fremden Tat verhaftet, begeht sie gewissermaßen mittels der Anstiftung selbst.

Hiergegen ist an das bei Besprechung des Sonderverbrechens Ausgeführte zu erinnern. Wir fanden, daß § 48 und daß die Akzessorietät die Strafbarkeit des Anstifters nicht zu begründen vermögen, sondern daß Strafe nur dann eintreten kann, wenn der Anstifter ohnedies durch die Einzelnorm verpflichtet ist. Besteht trotz der Fassung der betreffenden Gesetzesbestimmungen eine solche Verpflichtung?

Man muß bei Beantwortung dieser Frage das Einzeldelikt als Ganzes ins Auge fassen. Die notwendige Teilnahme ist eine nicht für rechtswidrig erklärte[29]) „Mittäterschaft“[30]). Das gleiche gilt von der aktiven Mitwirkung in den anderen Fällen, mit deren Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit das Gesetz doch wenigstens rechnet (z. B. § 120 „zur Selbstbefreiung behilflich“). Die Beteiligung an dem einheitlichen Delikt in der schwersten Form, der (Mit-) Täterschaft, zieht also keine Strafe nach sich. Das gibt den Ausschlag. Verbietet das Gesetz nicht einmal die „Mittäterschaft“ bestimmter Personen, so gibt es damit zu erkennen, daß es sie durch die fraglichen Normen überhaupt nicht verpflichten will[31]). Darum können auch Anstiftung und Beihilfe nicht strafbar machen. Wer seinen Mittäter zu der Tat bestimmt, tut nur insofern mehr, als

---

[29]) Soweit dies doch geschehen ist, z. B. beim Zweikampf, interessiert sie hier nicht.

[30]) Liszt-Schmidt § 49 V; Freudenthal 23 ff. Vgl. auch 118 N. 2.

[31]) A. A. Lobe Leipz. Komm. S. 13.

zu der Mittäterschaft auch noch die Anstiftung hinzutritt. Qualitativ ist diese nicht mehr, sondern weniger als die Mittäterschaft.

Freudenthal (101 ff., 117) faßt das Ergebnis in den Satz zusammen: „Wenn eine Person ein Rechtsgut in Gemeinschaft mit einer anderen Person ungestraft verletzen oder gefährden darf, so muß sie erst recht straflos bleiben, wenn sie es durch Anstiftung oder Unterstützung dieser anderen Person nur gefährdet oder bloß leichter gefährdet." Das Wesentliche an dieser auf einem hier abgelehnten Anstiftungsbegriff fußenden Formel ist, daß dem schwereren der leichtere Angriff gegenübergestellt und aus der Straflosigkeit des schwereren auf die des leichteren geschlossen wird. Ähnlich folgert Frank (V 1 vor § 47) aus der Straflosigkeit des Setzens einer Ursache (der Täterschaft) die Straflosigkeit des Setzens einer bloßen Bedingung. Im Ergebnis stimmen überein: Liszt-Schmidt § 52 V (in Anlehnung an Kries); M. E. Mayer 386 f.; Köhler 506; Gerland HR. V 865. — Kohler Studien I 135 f.

Über die im einzelnen hierher gehörenden Delikte läßt sich streiten. Die grundsätzliche Stellungnahme wird dadurch nicht berührt. Sie stützt sich nicht nur auf logische Erwägungen, sondern entspricht auch der Billigkeit. Es ist doch nur zu natürlich, daß z. B. der Gläubiger im Falle der Zahlungseinstellung seines Schuldners sein möglichstes tut, um noch Geld oder wenigstens eine Sicherung von ihm zu erhalten[32]). Deshalb ist auch der § 309 der preußischen Konkursordnung, der den Gläubiger, welcher zu diesem Zwecke mit dem Schuldner einen besonderen Vertrag einging, mit Strafe bedrohte, als zu hart in die Reichskonkursordnung nicht aufgenommen worden[33]). Zu welchen unliebsamen Ergebnissen die Auffassung des Reichsgerichts führt, zeigt am besten eine Entscheidung des I. Senats[34]). Der Täter aus § 257 war von der Begünstigten und ihrer Mutter angestiftet, die Begünstigte war deshalb verurteilt, die Mutter freigesprochen worden. Der Senat verwarf die Revision gegen den Freispruch, weil unter „Begünstigung" in § 257 Abs. 2 auch die vom Anstifter verübte Teilnahme an einer Begünstigung zu verstehen sei. Die Mutter also, die doch auch eine

---

[32]) Kries 552 f.

[33]) Näheres darüber Kries 548 ff.; Freudenthal 112.

[34]) E. **14** 102 ff. I 29. 4. 86.

Straftat zum Zwecke der Begünstigung herbeigeführt hat, wird als Angehörige gemäß § 257 Abs. 2 freigesprochen. Die Begünstigte selbst aber, die sich doch mindestens ebenso nahesteht, wird verurteilt.

§ 16. Der agent provocateur.

Die Frage der Strafbarkeit des agent provocateur, des Lockspitzels also, der einen anderen zu einer strafbaren Handlung bestimmt, um ihn auf frischer Tat zu ertappen, beantwortet sich einfach vom Standpunkte der Urheberschaftstheorie. Nach ihr ist der Anstifter Täter; will der Täter von vornherein nur den Versuch, so ist er nicht strafbar. Darum kann der agent provocateur nicht bestraft werden[35]). Ebenso schnell ist die Frage entschieden, wenn man annimmt, daß die Anstiftung schon mit der Entschlußfassung vollendet ist. Denn was folgt, ist ja bloße schuldindifferente Strafbarkeitsbedingung; der Provokateur macht sich also wie jeder Anstifter strafbar[36]).

Für die Anhänger der akzessorischen Natur der Anstiftung ergibt sich nicht ohne weiteres eine so eindeutige Lösung. Unter ihnen herrscht denn auch, wie wir bei Besprechung des Anstiftervorsatzes sahen, in dieser Hinsicht lebhafter Streit. Viele nehmen an, daß auch die Anstiftung zum bloßen Versuch, sofern nur der Täter Vollendungsvorsatz hat, strafbar macht, weil auch der Versuch bereits eine strafbare Handlung ist und mehr das Gesetz nicht verlangt[37]). Gegebenenfalls ist allerdings die Strafbarkeit deshalb ausgeschlossen, weil das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt[38]). Die im Schrifttum überwiegende Meinung und die Rechtsprechung gehen dagegen dahin, daß der agent provocateur straflos bleibt, weil die Anstiftung als die Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolgs einen auf diesen Erfolg gerichteten Vorsatz voraussetzt: Glaser 121; Geyer HH. II 349; Birkmeyer Teilnahme 65; Katzen-

---

[35]) Kohler Studien I 122 f., GA. **55** 5; Ibach 74 f.

[36]) Borchert 56 f.; Loewenheim 49 f. (der Anstifter ist wegen des begangenen Versuchs selbst dann strafbar, wenn er dem anderen die Vollendung von vornherein unmöglich gemacht hat).

[37]) Siehe die Literaturnachweise oben S. 26 f.

[38]) Siehe z. B. Beling Grundz. § 78 I.

stein 394 ff. (417); Frank III zu § 48; Liszt-Schmidt § 52 II 3 a; Singewald 99; M. E. Mayer 406; Finger I 351; Wachenfeld 205; Allfeld 207; Lobe Leipz. Komm. 2 A d zu § 48; Hippel II 464 u. a. m.; E. **15** 315 ff. Zur Unterstützung wird teilweise auch ein Argument aus § 46 verwertet: bleibt der zurücktretende Anstifter straflos, dann erst recht der, welcher den Vollendungsvorsatz erst gar nicht aufzugeben braucht, weil er von vornherein fehlt (Glaser, Katzenstein u. a.).

Mit dem hier vertretenen Anstiftungsbegriff ist nur diese letzte Anschauung vereinbar. Auch die Anstiftung ist wie die Täterschaft Verursachung eines vom Strafrecht mißbilligten Erfolges im Sinne der Verwirklichung eines Einzeltatbestandes. Gewiß ist auch der Versuch eine „strafbare Handlung". Aber seine Rechtswidrigkeit liegt nicht im objektiv Geschehenen, sondern im subjektiv Erstrebten. Wenn irgendwo, so wird hier bedeutsam, daß das Gesetz nicht die Tat mit Strafe bedroht, sondern den Täter. Ihn soll Strafe treffen wegen des in seiner Handlung geäußerten bösen Willens, wegen seiner Schuld. Rechtswidrig aber ist die Normübertretung, also die Erfolgsverwirklichung, mag sie, soweit der Strafausdehnungsgrund des Versuches Platz greift, auch nur erstrebt sein. Darum erfordert § 43 den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu „verüben". Was keine Normübertretung sein sollte, ist auch kein Versuch.

Der Grund für die Strafbarkeit des Versuchs ist also nicht, wie eine verbreitete Meinung will, die abstrakte [39]) oder gar konkrete [40]) Gefährdung eines Rechtsguts. Allerdings bedeutet das Verbrechen während seiner Ausführung mindestens in abstracto eine solche Gefahr, und der Gefahrbegriff dient deshalb manchen auch zur Abgrenzung gegenüber der Vorbereitungshandlung und dem absolut untauglichen Versuch. § 43 enthält jedoch kein allgemeines Gefährdungsverbot, sondern nimmt auf die besonderen Verletzungs- (bzw. Gefährdungs-) Verbote Bezug. Der Versuch wird bestraft, weil der Entschluß, ein solches Verbot zu übertreten, in dem „Anfang der Ausführung" (mag sie auch relativ untauglich sein) eines

[39]) Olshausen 2 a zu § 43; M. E. Mayer 345; Lobe Leipz. Komm. 3 am Ende zu § 43; E. **54** 255, **59** 386.

[40]) Liszt-Schmidt §§ 47 III, 28 III.

Verbrechens und gewisser Vergehen eine zur Begründung des Strafanspruchs hinreichende Betätigung gefunden hat[41]). Daß bei der Auswahl der Vergehen, also rein rechtspolitisch, das Gefährdungsmoment eine Rolle gespielt hat, soll nicht geleugnet werden.

Schuldhaft in dem dargelegten Sinne handelt im Falle des agent provocateur allein der Täter. Der Provokateur will den Erfolg gar nicht verursachen. Seine Vorstellung erstreckt sich auf zwei Kausalreihen, die von ihm durch die Entschlußweckung angeregte und eine zweite, die jene durchkreuzen und für den Erfolg unwirksam machen soll. Von einem Versuch kann überhaupt nur deshalb gesprochen werden, weil der Angestiftete den Erfolg erstrebt. Wollte man diesen Tätervorsatz auch gegenüber dem Anstifter gelten lassen, so würde das wieder auf eine Bestrafung aus fremder Schuld hinauslaufen[42]).

An die Stelle des formalen setzt v. Bar (643 ff.), der die Strafbarkeit des agent provocateur gleichfalls aus der Teilnahmenatur der Anstiftung herleitet (645), den sachlichen Gesichtspunkt, „daß der Vorsatz des Anstifters sich auf die Tat als Einheit richtet und daß der Erfolg dabei nicht willkürlich ausgenommen werden kann" (644). Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung ist bereits weiter oben dargetan worden[43]).

Wer nur zu einem Versuch anstiften will, kann also, soweit ihm nicht überhaupt sein Plan gelingt und Straffreiheit jedenfalls auf Grund freiwilligen Rücktritts eintreten müßte, wegen dieses Versuches nicht bestraft werden. Wohl aber kommt eine Haftung wegen fahrlässiger Vollendung in Betracht[44]).

Man ist im Schrifttum noch einen Schritt weitergegangen und hat Straflosigkeit des agent provocateur auch dann angenommen, wenn dieser nur die sogenannte „formelle" Vollendung der Haupttat wollte. Es handelt sich um die Verbrechen, bei denen sich der Eintritt des gesetzlichen Erfolges (die formelle Vollendung) und der endgültige Eintritt des Schadens (die materielle Verletzung) trennen lassen, also vor allem die Absichtsdelikte. Kohler (Studien

---

[41]) Richtig Frank III zu § 43 (S. 89).

[42]) So im Ergebnis auch Katzenstein 411.

[43]) Oben S. 96 ff.

[44]) Geyer HH. II 349; Dopffel 47; Lobe Leipz. Komm. 2 A d zu § 48.

I 123 f.) kommt hier zur Straffreiheit, weil dem Provokateur die betreffende Absicht fehlt. Vertreter der akzessorischen Natur der Anstiftung begründen dieses Ergebnis damit, daß formell eine Versuchshandlung als das vollendete Verbrechen bezeichnet, eine Rückdatierung des Vollendungsstadiums vorgenommen worden ist [45]), daß der Provokateur einen wirklichen Schaden überhaupt nicht gewollt hat [46]). Andere verneinen einen rechtlichen Unterschied zwischen formeller Vollendung und sachlicher Verletzung und wollen wegen vorsätzlicher Anstiftung zum vollendeten Verbrechen bestrafen [47]).

Es muß zugegeben werden, daß mit der „formellen Vollendung" der Haupttat der Tatbestand der Anstiftung restlos erfüllt ist. Was z. B. der Dieb als Erfolg seines Handelns erstrebt, ist zwar die Zueignung der Sache; aber „vollendet" ist der Diebstahl schon mit der Wegnahme in Zueignungsabsicht. Was folgt, ist straflose Nachtat, nicht mehr rechtlich beachtlicher „Erfolg". Die Zueignungsabsicht braucht der Anstifter nicht zu haben, er muß nur um ihr Vorliegen beim Täter wissen. Aber inhaltlich besteht doch kein Unterschied gegenüber dem Falle, daß jemand einem anderen eine Sache wegnimmt, um sie ihm gleich darauf wiederzugeben (etwa in der Absicht, ihm seine Geschicklichkeit zu beweisen), und unser Rechtsgefühl will sich nicht dabei beruhigen, daß der Provokateur, der sachlich auch nichts anderes wollte, als Dieb gelten soll, während er bei einem nur auf Versuch gerichteten Vorsatz straflos bleibt. Man denke nur an folgendes Beispiel: A will den notorischen, aber bisher nicht faßbaren Taschendieb B überführen und bestimmt ihn deshalb, im Gedränge jemand die Brieftasche zu entwenden. Geht sein Vorsatz dahin, den B in dem Augenblick zu verhaften, wo er die Hand in der fremden Tasche hat, so bleibt er straffrei, auch wenn das Vergehen, ehe er eingreifen konnte, fehlschlägt. Will er dagegen aus Gründen der Beweiserleichterung warten, bis B die Brieftasche in der Hand hat, um ihn dann festzunehmen und dem

---

[45]) Glaser 121; Korn 34.

[46]) Geyer HH. II 349, IV 161; Allfeld 207; Dopffel 48.

[47]) Katzenstein 420; Wachenfeld 205; M. E. Mayer 406. — Ibach 74 gibt anscheinend die Möglichkeit dieser Unterscheidung zu, kommt aber aus anderen (wenig durchschlagenden) Gründen zur Bestrafung.

Bestohlenen sein Eigentum zurückzuerstatten, und handelt er danach, so soll er wegen dieses geringfügigen äußeren Unterschiedes als Anstifter zum Diebstahl ins Gefängnis? Dieser Entscheidung wird man schwerlich zustimmen können.

Sie ist auch nicht gerechtfertigt. Der Anstifter muß nicht nur wissen, daß die Bereicherungsabsicht bei dem Angestifteten vorliegt, er muß auch wenigstens davon ausgehen, daß sie durchführbar ist. Frank (VI zu § 59) definiert: „Absichtlich handelt in Beziehung auf einen bestimmten Erfolg, wer sich durch die Vorstellung, daß er ihn herbeiführen werde oder könne, zur Handlung bestimmen läßt." Wer diese Vorstellung nicht hat, kann auch die Absicht nicht haben. Weiß der Anstifter, daß der Täter den angestrebten Erfolg (die Zueignung) nicht erreichen wird, weil er selbst es verhindern wird, so ist es nicht anders, als ob ihm bekannt wäre, daß dem Angestifteten die Zueignungsabsicht überhaupt fehlte. Denn er sieht, daß diese Absicht illusorisch ist. Der Täter wird zwar den Tatbestand des Diebstahls verwirklichen; er selbst aber wird nur scheinbar eine Eigentumsverletzung herbeiführen. Seinem Vorsatz fehlt darum ein wesentliches Merkmal: die Vorstellung von der Durchführbarkeit der Zueignungsabsicht des Täters.

Der agent provocateur begeht somit auch dann keine strafbare Anstiftung, wenn er zwar die Vollendung der Haupttat, aber nur eine vorübergehende Verletzung des angegriffenen Rechtsguts will, die den „Verletzten" in Wahrheit nicht schädigt. Die einem solchen Willen entsprechende Tätigkeit ist nicht rechtswidrig. Denn die Anstiftung ist (materiell) Interessenverletzung, nicht bloße Herbeiführung einer formalen Gesetzesverletzung von seiten eines anderen. Wo diese Interessenverletzung (in abstracto) fehlt, ist auch ein formeller Widerspruch mit dem Gesetz (§ 48) nicht anzunehmen. Das ist die letzte Konsequenz eines auf den Tatbestandszusammenhang beschränkten Akzessorietätsbegriffs.

Die Zahl der hierher gehörenden strafbaren Handlungen ist nicht groß. Bei anderen Delikten kann aber wie auch sonst die Rechtswidrigkeit aus dem Gesichtspunkte der bekannten oder mutmaßlichen Einwilligung des Verletzten[48]) ausgeschlossen sein.

---

[48]) Siehe darüber Mezger GS. **89** 273, 288.

§ 17. Die Konkretisierung der Tat in der Vorstellung des Anstifters.

Das hier zu behandelnde Problem: Wie weit muß die Haupttat in der Vorstellung des Anstifters im Augenblick der Anstiftung konkretisiert sein? läßt sich auch so formulieren: Wie weit werden Abweichungen des tatsächlichen vom vorgestellten Geschehensverlauf noch durch den Anstiftervorsatz gedeckt, wann hört trotz Kausalzusammenhangs die Haftung des Anstifters auf, liegt also sogenannter Exzeß vor? Die einhellige Meinung ist, daß die Anstiftung sich auf eine bestimmte Haupttat richten muß. „Wer lediglich verbrecherische Neigungen erweckt, hetzt oder reizt, stiftet aber nicht an." So Frank III 2 zu § 48. Ähnlich äußern sich Heilborn 95; Nagler 140; Finger 345 f.; Bar 620; M. E. Mayer Lehrbuch 393 N. 5; besonders Endemann 18 f. — Binding Normen II 892 verlangt einen auf Verwirklichung eines „nach der Gedanken- und Willensseite genau individualisierten Verbrechens" gerichteten Vorsatz. Siehe ferner E. **1** 110 f., **4** 252 ff. (254); R. **9** 107 f.; E. **25** 234 ff. (235 f.), **26** 361 ff. (362), **34** 327 ff. (328).

Bezüglich der nach dem Tatbestande unwesentlichen Einzelheiten der Tat (Ort, Zeit, Art und Weise der Ausführung, unter Umständen auch die Persönlichkeit des Verletzten) wird meist angenommen, daß der Anstifter sie sich nicht vorzustellen braucht. Er ist dafür verantwortlich, soweit sie nicht außerhalb seines erkennbar gemachten Willens liegen: Olshausen 7 zu § 48; Liszt-Schmidt § 51 I 4; Frank III 4 d zu § 48; Allfeld 221 f.; Wachenfeld 206; Lobe Leipz. Komm. 2 A d zu § 48. Dagegen muß nach Köhler 524 der Bestimmende eine nach Ort und Zeit näher konkretisierte Ausführungshandlung im Auge haben, wobei allerdings die Modalitäten der Begehung dolo eventuali in Kauf genommen werden können.

Bei Abweichung in wesentlichen Punkten will Kohler GA. **66** 97 ff. den Verbrecher[49]) auch dann wegen vollendeten Deliktes bestrafen, „wenn die Ausführung nicht vollkommen zu dem Bilde in der Seele des Verbrechers stimmt, vorausgesetzt nur, daß sie diesem Bilde gegenüber als „Gleichwert" (Äquivalent) erscheint", wenn sie mit anderen Worten „im Sinne der qualitativen strafrecht-

[49]) Also auch den Anstifter; siehe Leitfaden 34.

lichen Würdigung dem Kreise angehört, in welchem die verbrecherische Absicht sich bewegt". Konkretere Anhaltspunkte gibt Goltdammer 314. Für Abweichungen hinsichtlich der Schwere und der Art der Handlung haftet der Anstifter, „wenn beide entweder Mittel zu dem von ihm gewollten Zwecke sind oder nach der Natur der Sache als Folgen daraus entstehen konnten". Geht allerdings aus seinem Auftrag deutlich hervor, daß er den Exzeß nicht gewollt, so haftet er nur wegen Fahrlässigkeit; die Haftung entfällt ganz, wenn er den Exzeß ausdrücklich untersagt hat. Nach Liszt-Schmidt § 52 I 2a umfaßt der Anstiftervorsatz alle nicht abgelehnten Erfolge. So auch Ibach 78 (der Anstifter zum Diebstahl ist wegen Anstiftung zum Morde strafbar, wenn es ihm auf Erlangung der Sache um jeden Preis ankam und der Angestiftete bei Ausführung der Tat einen Dritten tötet); Schwarze 133,7; Bar 675; Frank III 4 b, c zu § 48. Das Reichsgericht lehnt die Bestrafung für den Exzeß ab, schweigt aber darüber, wie weit in dieser Hinsicht der Anstiftervorsatz reicht; vgl. E. **5** 17 ff. (20), **60** 1 ff. (2).

Daß die Tätigkeit des Anstifters sich überhaupt auf ein irgendwie näher bestimmtes Ereignis, einen konkreten Lebensvorgang, beziehen muß, folgt ohne weiteres aus dem Begriff der Anstiftung. Sie ist (psychisch vermittelte) Erfolgsverwirklichung, ist, wenn auch nicht selbst Erfüllung eines Einzeltatbestandes, so doch an einen solchen Tatbestand angelehnt. Handlungen, die mit einem gesetzlichen Tatbestand überhaupt keinen Zusammenhang haben, Einflüsterungen ganz allgemeiner Art, Beeinflussungen, die nicht die Richtung auf ein bestimmtes Verbrechen wenigstens durchblicken lassen, sind auch objektiv noch keine Anstiftung.

Unsere Frage betrifft nur den Grad dieser Bestimmtheit und bezieht sich lediglich auf den Anstiftervorsatz. Sie ist bei der Anstiftung noch bedeutsamer als sonst, weil der Tätervorsatz die Ausführung begleitet und sich ihr anpaßt, während der Anstifter nur einen „Entschluß" hervorruft, einen seelischen Vorgang, der eine größere Unbestimmtheit verträgt als die Erfolgsvorstellung im Augenblick seiner Betätigung. Dem Eventualvorsatz dürfte darum ein weiterer Spielraum zu gewähren sein. Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, daß die Anstiftung kein durch den Erfolg qualifiziertes Delikt ist. Darüber herrscht auch kein Streit. Es handelt

sich demnach lediglich, um mit Kohler zu sprechen, um das Problem der Äquivalenz von Vorsatz und Erfolg.

1. Soweit der Tatbestand selbst Einzelheiten der Ausführung unbeachtet läßt, soweit sie also auch der Täter nicht in seinen Vorsatz aufzunehmen braucht (§ 59), braucht erst recht der Anstifter sie nicht zu kennen. Solche Einzelheiten sind allerdings häufig zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Sie betreffen insbesondere Ort (in einer Kirche), Zeit (zur Nachtzeit) und Art (mittels einer Waffe) der Ausführung, Subjekt (strafbarkeitsbegründende Beamteneigenschaft) und Objekt (Alter des verführten Mädchens) der Tat. Strafändernde persönliche Eigenschaften und Verhältnisse kommen aber nur in Betracht, wenn sie beim Anstifter vorliegen.

Sehr umstritten ist die schwierige Frage, wie weit Abweichungen bezüglich der Individualität des Verletzten, rechtliche Gleichwertigkeit vorausgesetzt, erheblich sind. Veranlaßt A den B, irgendwo und irgendwas zu stehlen (etwa um seinen Hunger zu stillen), irgendeinen Menschen zu töten (etwa um die Mitbürger zu erschrecken), so haftet er für den dann tatsächlich ausgeführten Diebstahl oder Mord; erschwerende Momente fallen ihm dann nicht zur Last, wenn er sie nicht wenigstens eventuell gewollt hat. Wie aber, wenn er ihn bestimmt, eine Uhr zu stehlen, und er entwendet einen Brillantring? den C zu bestehlen, und er bestiehlt den D? den E zu töten und er tötet den F? Offenbar hat in diesen Fällen die in Bewegung gesetzte Kausalreihe eine andere Richtung genommen, als A es sich vorgestellt hatte. Derartige Abweichungen sind deshalb, soweit nicht der Angestiftete überhaupt auf Grund eines völlig neuen und von der Anstiftung unabhängigen Entschlusses handelt und damit die Kausalkette abbricht und soweit es dem Anstifter auf die Person des Verletzten usw. überhaupt ankommt, nach den Regeln der aberratio ictus zu beurteilen. Verfehlt ist die oft für die volle Verantwortlichkeit des Anstifters vorgebrachte Begründung[50]), die Bedeutungslosigkeit des error in persona beim Täter sei ohne weiteres auf den Anstifter zu übertragen. Denn der Vorsatz des Täters richtet sich auf das wirkliche Tatobjekt und den wirklich Verletzten, und sein Irrtum bezieht sich nur auf deren Identität.

---

[50]) Siehe z. B. Bar II 679; Coenders 245 und die Literaturübersicht 248 ff.; Gerland HR. V 872.

Der Anstifter dagegen hat diese fremde Sache, diesen Bestohlenen, diesen Getöteten niemals in seinen Vorsatz aufgenommen. Auch diese Lehre ist ein Ausfluß eines falsch verstandenen Akzessorietätsbegriffs.

Die Entscheidung ist demnach davon abhängig, welchen Standpunkt man in der Frage der aberratio ictus einnimmt[51]). Bedenkt man, daß die Abirrung der Kausalität kein Tatbestandsmerkmal berührt, sondern wie auch der Irrtum im Objekt lediglich einen, wenn auch anders gelagerten, Irrtum im Motiv, mithin einen im allgemeinen strafrechtlich unbeachtlichen[52]) Irrtum betrifft, so kommt man zu der Auffassung, daß der Irrtum auch hier ohne Bedeutung ist. Der Anstifter haftet also (bei Gleichwertigkeit der Objekte) so, als wenn die Verwechslung nicht eingetreten wäre[53]).

2. Abweichungen in wesentlichen Punkten können in dreifacher Form vorkommen[54]).

a) Der Angestiftete hat weniger getan. Dann haftet der Anstifter wegen des wirklich Geschehenen, und zwar auch dann, wenn es in der vorgestellten Tat enthalten ist (einfacher statt schweren Diebstahls, Diebstahl statt Raubes). Eine Bestrafung wegen Versuchs des schwereren Delikts ist mit der akzessorischen Natur der Anstiftung nicht vereinbar, da der Anstifter nicht selbst (mittelbar) den ihm vorschwebenden Tatbestand erfüllt, seine Verwirklichung also auch nicht versuchen kann, auf seiten des Täters aber ein Anfang der Ausführung des schwereren Verbrechens nicht vorliegt[55]).

b) Der Angestiftete hat mehr getan. Der Anstifter haftet dann jedenfalls wegen des in dem Mehr enthaltenen gewollten Verbrechens. Im übrigen gilt das zu c) Ausgeführte.

---

[51]) Über den Stand der Meinungen vgl. Frank III 2 c zu § 59 (S. 181). Die herrschende Lehre nimmt Zusammentreffen eines versuchten vorsätzlichen mit einem vollendeten fahrlässigen Verbrechen an. Ebenso E. 58 27 ff. (28). I 30. 11. 23 und die dort angeführten Entscheidungen.

[52]) A. A. früher Liszt. Vgl. Liszt-Schmidt § 40 N. 6.

[53]) So mit verschiedener Begründung die meisten, z. B. Liszt-Schmidt § 52 N. 4; Frank III 4 d zu § 48 und die dort Zitierten.

[54]) Vgl. Frank III 4 zu § 48.

[55]) Übereinstimmend Bar II 673; Schwartz 10 a zu § 48. A. A. Hälschner I 415.

c) Der Angestiftete hat etwas ganz anderes getan. Hier liegt die eigentliche Bedeutung der behandelten Frage. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

α) Der Anstifter hat überhaupt keine restlos konkretisierte Vorstellung von der Art der zu begehenden Tat. Es kommt ihm z. B. auf den rechtswidrigen Erwerb einer fremden beweglichen Sache an. Veranlaßt er nun einen anderen, ihm die Sache zu verschaffen, so will er jedenfalls die Eigentumsverletzung, also irgendein Eigentums- (Vermögens-) Delikt. Diese auf einen bestimmten Lebensvorgang (die Erlangung der Sache), für den die Art der Rechtsverletzung nur das Mittel ist, gerichtete Konkretisierung genügt. Ein solcher Vorsatz deckt den Diebstahl wie die Unterschlagung wie den Betrug. Ob aber auch andersgeartete Rechtsverletzungen (wenigstens eventuell) gewollt sind, ist Tatfrage. Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch werden in den Vorsatz aufgenommen sein, wenn der Gegenstand ohne Einbruch, Nötigung, wenn er ohne Gewalt voraussichtlich nicht zu erlangen war. Bei dieser Würdigung des Anstiftervorsatzes ist jedoch große Vorsicht geboten. Von der Konkretisierung würde kaum noch etwas übrigbleiben, wenn z. B. in den Worten „um jeden Preis" eine Bestimmung zu Urkundenfälschung, Widerstand gegen die Staatsgewalt, Freiheitsberaubung, Mord — kurz allen denkbarerweise überhaupt in Betracht kommenden Verbrechen läge. Man kann nicht in blanco zur Übertretung des ganzen Strafgesetzbuchs anstiften. Immer ist erforderlich, daß der Anstifter von der Tat eine wenigstens allgemeine Vorstellung hat (er muß wissen, daß und wozu er bestimmt) und daß er sie für den Fall, daß seine Einwirkung dazu führen könnte, nicht innerlich ablehnt.

β) Der Anstifter will eine bestimmte Tat und ruft den Entschluß dazu hervor. Er will z. B. einen einfachen Diebstahl, der Angestiftete begeht aber statt dessen zu dem gleichen Zwecke und mit dem gleichen praktischen Ergebnis einen Betrug. Dann liegt ein Exzeß vor, der Anstifter ist also straflos, falls er auch wirklich nur den Diebstahl gewollt hat. Das ist aber wieder Tatfrage und nicht schon mit der buchstäblichen Auslegung der gebrauchten Worte entschieden. Oft wird der Anstifter von mehreren in Betracht kommenden Delikten bewußt nur das wählen, bei dem die Gefahr der

Entdeckung am geringsten ist. Zuweilen aber wird es ihm trotz der näheren Anweisung doch nur auf die Erreichung des hinter der Tat liegenden Zweckes (z. B. die Erlangung der Sache) ankommen. Die Bestimmung zum Diebstahl ist dann vielleicht nichts weiter als die Angabe des nächstliegenden Mittels. Hat der Anstifter in dem genannten Beispiel als mögliche Wirkung seiner Anstiftung auch einen Betrug in Betracht gezogen und nicht (wenigstens innerlich) zurückgewiesen, dann — aber auch nur dann! — ist er auch für diesen verantwortlich.

Druck: J. H. Burmeister, Liegnitz.

L e b e n s l a u f .

Am 23. Februar 1901 bin ich zu Remscheid geboren als Sohn des im Jahre 1917 verstorbenen Eisenbahnschaffners Heinrich Hoberg und seiner Ehefrau Pauline geb. Meeser. Ich besuchte acht Jahre die katholische Volksschule zu Remscheid und Ratingen, anschliessend von Untertertia an das Progymnasium in Ratingen, von Obersekunda an das Hohenzollerngymnasium in Düsseldorf und verliess diese Anstalt Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife. Unter dem Zwang der wirtschaftlichen Verhältnisse trat ich danach zunächst bei der Düsseldorfer Filiale der Commerz- und Privat-Bank als Lehrling ein, hörte aber gleichzeitig zwei Semester lang Vorlesungen an der Hochschule für kommunale Verwaltung in Düsseldorf. Vom Wintersemester 1924/25 an (mit einsemestriger Unterbrechung) studierte ich je zwei Semester die Rechte an den Universitäten Würzburg, Bonn und Marburg. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 13. und 16. Juni 1928 in Kassel mit der Note „gut", die mündliche Doktorprüfung am 26. Februar 1931 in Marburg mit der Gesamtnote „cum laude".

Für die mir zu der vorliegenden Abhandlung gegebenen Anregungen sage ich Herrn Professor Dr. Mezger auch an dieser Stelle ehrerbietigsten Dank.